

הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות משפט משתנות

מיכל אלברשטיין*

המאמר עוקב אחר התפתחות הרעיון הפרגמטי בארצות-הברית למן סוף המאה התשע-עשרה ככל שהוא נוגע ביחסיו עם תורות-משפט משתנות ובעליית השיח המודרני של יישוב סכסוכים, וכן בוחן את הביטויים הישראליים של תופעה זו. ראשית, מוצגים "המועדון המטפיזי" ועליית הפרגמטיזם הפילוסופי בסוף המאה התשע-עשרה לצד בשורת הפרגמטיזם של המשפט מפי אוליבר וונדל הולמס הבן, ונסקרים ההבדלים בין הגרסה הפילוסופית והמשפטית של הפרגמטיזם בשלב זה; שנית, מוצגים שני שלבי ההתפתחות הראשונים של פרגמטיזם של המשפט: קודם נסקר הריאליזם המשפטי כתנועה ביקורתית המציגה "פרגמטיזם של המשפט" בניסוח ראשוני וביקורת; אסכולת "ההליך המשפטי" של שנות החמישים מוצגת לאחר-מכן כפרגמטיזם בוגר במשפט, כזה "המביית" את הביקורת הריאליסטית ויוצר תפיסה של משפט מאזן ומפשר בכל מופעיו המוסדיים, הוא השלב השני של "הפרגמטיזם של המשפט"; שלישית, הדור של אנשי האקדמיה המשפטית של שנות השבעים והשמונים מוצג כמורכב מפרגמטיסטים שונים ומגוונים המורדים באסכולת ההליך והמפתחים את תפיסותיהם תוך כדי תגובה והתנגדות לה; רביעית, מוצג הגישור המודרני כמופע חדש של פרגמטיזם במשפט וכחזרה לגרסות ההרמוניה של המשפט הציבורי שלאחר המלחמה. הפעם, להבדיל מתקופת "ההליך המשפטי", ההתמקדות היא במישור החוזי ובמסגרות חלופיות למשפט. מודל הגישור הקלסי של "פתרון בעיות" מוצג כחזרה על עקרונות פילוסופיים פרגמטיים. חמישית, מודל הגישור העכשווי יותר, המציע גישה טרנספורמטיבית, מוצג כגרסת פרגמטיזם חדשה המדגישה יחסים וקשר. לבסוף, מוצג ההקשר הישראלי של התפתחות הגישור

* פרופסור אורחת, בית-הספר למשפטים של אוניברסיטת פורדהאם; מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראילן. אני מודה למערכת כתב-העת משפט ועסקים על הערותיה המועילות ועל העריכה היסודית.

ויחסו לרעיון הפרגמטי. המאמר חושף את האופן שבו תורות משפט משתנות לאורך המאה העשרים באקדמיה המשפטית האמריקאית, וכן תפיסות של יישוב סכסוכים בתרבות האמריקאית העושות שימוש ברעיון הפרגמטי ומושפעות ממנו. הוא אף בוחן את ההקשר הישראלי של השפעות אלה. בכך המאמר ממחיש את מרכזיותה של הזהות התרבותית בכינון מוסדות משפטיים, ומנתח חלק מן ההיבטים הרעיוניים של הגישור המודרני. בהקשר המקומי המאמר תורם להבנת מקורות מרכזיים של השראה על המשפט והגישור הישראליים.

מבוא: משפט ויישוב סכסוכים כשאלות של זמן ומקום

פרק א: הפרגמטיזם האמריקאי: בחברה ובמשפט

1. חיפוש זהות אמריקאית והמועדון המטפיזי

2. עיקרי הפרגמטיזם

3. הפרגמטיזם של המשפט: מקצועיות, ערפול ונקודת מבט פנימית

פרק ב: פרגמטיזם של משפט: שני שלבים ראשוניים

1. פרגמטיזם של משפט שלב א ו"הצעד הבא" של הריאליזם המשפטי

(א) בין שתי מלחמות העולם והאינטלקטואלים המורדים במשפט

(ב) ספקנות כללים ואנטי-קונספטואליזם

(ג) פנייה לעיקרי מדיניות

(ד) יחס למדעי החברה

2. פרגמטיזם של משפט שלב ב: אסכולת ההליך המשפטי

(א) כניסתו של הפרגמטיזם אל הזרם המרכזי והתקופה שאחרי המלחמה

(ב) משפט כמתחיל מלמטה והעוגה אשר אינה קבועה

(ג) יישוב סכסוכים והפירמידה של הארט וזאקס

(ד) פשרה מוסדית ואיזון אינטרסים

(ה) משפט כענף של מדעי החברה והנחת האיפוק המוסדי

פרק ג: הדור שאחרי ההליך המשפטי: פרגמטיסטים משמאל, מימין וממרכז והיחס לגישור

1. הדור שאחרי: כללי

2. מרכז: דבורקין ומסע האינטגרטי, פיס והקריאה נגד פשרה

3. שמאל: רוברטו אונגר, דנקן קנדי ותנועה ביקורתית פרגמטית

4. ימין: ריצ'רד פוזנר והחזרה אל תחתית הפירמידה של הארט וזאקס

פרק ד: יישוב סכסוכים וגישור בנוסח של פתרון בעיות — הפרגמטיזם של החלופות למשפט

1. משא ומתן בצל החוק והחזרה להארט וזאקס

2. הפרד/הפרידו את האנשים מהבעיה: שיתוף פעולה פרגמטי ותלות הדדית

3. התמקד/י באינטרסים ולא בעמדות: אנטי-מהותנות פרגמטית

4. המצא/המצאי אופציות לרווח הדדי: הניסיון כקודם לכל מטפיזיקה

5. תבע/י בתוקף אמות מידה אובייקטיבות: החזרה לאמונה בעקרונות ניטרליים

פרק ה: גישור טרנספורמטיבי — בחזרה אל ההליך

1. סיפורי הגישור – פרשנות קונסטרוקטיבית ו"הצעד הבא"
 2. אתיקה של דאגה בגישור והאשה הפרגמטית
- פרק ו: הגרסה הישראלית: מפורמליזם לערכים ומאקטיביזם לגישור
1. פרגמטיזם והמשפט הישראלי
 2. "פרגמטיזם ישראלי" ונוסחת הזהות של האדם החדש הציוני
 3. פרגמטיזם אמריקאי במשפט הישראלי והגישה התכליתית
- פרק ז: סיכום

מבוא: משפט ויישוב סכסוכים כשאלות של זמן ומקום

מאמר זה מבקש לסקור את תפקידו של הרעיון הפרגמטי בעיצוב תורות-משפט משנתות באקדמיה האמריקאית ובמשפט הישראלי, ובמיוחד לבחון את השפעתו על התפתחויות בתחום הגישור ויישוב סכסוכים. הפרגמטיזם האמריקאי מוצג במסגרת זו כטקסט תרבותי מכונן המשפיע על התפתחויות תיאורטיות ומעשיות בתחום המשפט, וכך יובהר האופן שבו נוסחת זהות מקומית משפיעה על יצירת תיאוריות משפטיות ועל עיצובן של פרופסיות. הנחת-יסוד של המאמר היא שהגישור¹ והמשפט הם תופעות של זמן ומקום השואבות ויונקות את רעיונותיהן מהתרבות המשתנה, ולצד זה הן מתפתחות תוך שמירה על קוהרנטיות פנימית ועל עיצוב זהות פנימית אף אם זהות זו משתנה ומתפצלת.

הפילוסופיה הפרגמטית החלה מתגבשת בסוף המאה התשע-עשרה, לאחר סיומה של מלחמת-האזרחים האמריקאית, במסגרת נסיונות לגבש נוסחת זהות שתתאים לתרבות האמריקאית ותבחין את "העולם החדש" מאירופה ומהפורמליזם הישן שלה.² מפנה המאה העשרים הינו תקופה משמעותית בעיצובן ובעלייתן של תיאוריות ותנועות חדשות, ובמסגרתן מתפתח הפרגמטיזם האמריקאי כפילוסופיה מקומית המנסחת את מהותו של "האדם החדש". "המרד נגד פורמליזם" הוא אחד המאפיינים הבולטים של תקופה זו, והוא

1 השימוש במונח "גישור" לאורך המאמר הוא כהליך מובהק של יישוב סכסוכים מודרני המייצג את החלופה ההופכית ביותר למשפט. הקריאה להכיר במרכזיותו של הליך הגישור ככלי ליישוב סכסוכים ולהכשיר מגשרים לעסוק בתחום זה שלובה בהתפתחותה של התנועה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות בארצות-הברית (Alternative Dispute Resolution), ועל-כן, במקומות שונים, ישמשו הביטויים "גישור" ו"יישוב סכסוכים" לחלופין לייצוג אותה תופעה היסטורית המתרחשת בארצות-הברית משנות השבעים ועד ימינו.

2 Morton White *Social Thought in America: The Revolt Formalism* (Cambridge, 1949); Robert Hollinger & David Depew *Pragmatism: From Progressivism to Postmodernism* (New York, 1995); Louis Menand *Pragmatism: A Reader* (New York, 1997); Morris Dickstein *The Revival of Pragmatism: New Essays on Social Thought, Law and Culture* (Duke, 1998).

מתרחש בכל תחומי המחקר האקדמיים: פילוסופיה, היסטוריה, כלכלה ומשפט.³ הוא מבטא את הצורך לדחות ויכוחים ישנים ומטפיוזים⁴ לטובת התקדמות "אנטי-מהותנית" בעולם שבו ערכים ואמיתות הם מושא לשינוי תוך כדי התנסות ובחינה מתמדת.⁵ הרעיון הפרגמטי, שנולד במסגרת חשיבה פילוסופית, מחלחל לכל רובדי התרבות האמריקאית, ועוד מראשית עלייתו הוא שלוב בנסיונות להתאימו לשדה המשפטי ולעצב שדה זה לאורו. התופעה שתיסקר במאמר זה הינה הביטויים השונים של הרעיון הפרגמטי בשדות משפטיים שונים במאה העשרים, תוך התמקדות במשפט ובגישור. המעבר ביניהם יוצג כקשור לנסיבות פוליטיות-תרבותיות-חברתיות משתנות. הפרגמטיזם החל כנוסחה פילוסופית מופשטת; הופיע כאמרת-כנף משפטית מעשית מנחה; המשיך לעצב תנועה תיאורטית משפטית ביקורתית בין שנות העשרים והשלושים; הגיע ליציבות כאסכולה משפטית המייצגת את הזרם המשפטי השמרני והמרכזי של אמצע שנות החמישים; השפיע באופנים שונים על דור החניכים של שנות החמישים, המעצבים בשנות השבעים והשמונים את תורותיהם המשפטיות כתגובה על התורה שלמדו ממוריהם; לבסוף הוא פריך מחדש בלבוש פרקטי במסגרת תנועה ליישוב סכסוכים המציבה את עקרונותיו ככללים מעשיים לניהול משא-ומתן. אף אם הצגה זו של התפתחות היא רק אחת האפשרויות להתבונן בפרגמטיזם, ואף אם מצויות גרסות ניאאו-פרגמטיות עכשוויות של הפילוסופיה הפרגמטית, כמו זו של רורטי (Rorty),⁶ ינסה מאמר זה לתחום את מהלכו של הרעיון הפרגמטי בתחום המשפט על-ידי הצגת המעבר שלו מרעיון פילוסופי אל כלי של יישוב סכסוכים, כמפורט לעיל. זאת מתוך הנחה שמהלך זה הוא דוגמה מעניינת לניידות ולגמישות של רעיונות בתחום התרבות ולעוצמת המשיכה שיש לנוסחה מודרנית של זהות תרבותית לעניין עיצובם של מוסדות משפטיים. נוסף על כך יספק המאמר תמונה מורכבת של מקורות השראה מרכזיים על התרבות המשפטית הישראלית בתחום המשפט והגישור, ובכך יאפשר מבט ביקורתי על המתרחש בארץ בתחום זה. המאמר הוא חלק ממחקר רחב יותר הבוחן את שורשיו של הגישור המודרני ואת יחסו לתורות-משפט משתנות, והוא פרק ראשון בניסיון להציג את הגישור ואת העיסוק המודרני ביישוב סכסוכים בדרכים חלופיות כתופעה רעיונית לצד המשפט. בשלב זה, ההתייחסות היא לתרבות המשפטית האמריקאית שבמסגרתה צמח השיח המודרני של יישוב הסכסוכים. רעיונות מרכזיים בתחום הגישור, כגון "פתרון בעיות" "איזון אינטרסים" ו"הליכה אל מעבר לעמדות", יוצגו כמוצאים את ביטויים בתחום המשפט עוד בטרם התפתחותו של הגישור כתופעה מעשית.

המהלך של הצגת הטיעון שבמאמר ינוע על הציר ההיסטורי המציין את שלבי ההתפתחות של הפרגמטיזם, המשפט והגישור: בחלקו הראשון של המאמר תיערך סקירה תמציתית

3. White, *ibid*

4 הביטוי "מטפיוזי", החוזר לאורך המאמר, מציין את מה שמעבר למוחשי ולנראה לעין. החיפוש אחרי מה שמעבר לפיזי ולנראה לעין מאפיין את החשיבה הפילוסופית ומשתנה לאורך תקופות שונות.

5. White, *supra* note 2

6. Richard Rorty *Consequences of Pragmatism* (Minneapolis, 1982)

של התפתחות הפרגמטיזם האמריקאי בחברה ובמשפט, וייעשה ניסיון לחלץ את הרעיונות המרכזיים המצויים בבסיס הפילוסופיה הפרגמטית ובליבה של נוסחת הזהות האמריקאית, ובפרט הזהות המשפטית האמריקאית. בחלק זה יסקרו שני סגנונות דומיננטיים של פרגמטיזם: זה הפילוסופי, המנסח רעיונות ברורים של הליכה אל מעבר למטפיזיקה ושימוש בניסיון, תוך הישענות על רעיונות דרוויניסטיים ופסיכולוגיה של בחירה והתגברות.⁷ לצידו תיבחן לידתה של הנוסחה הפרגמטית המשפטית כאירופית, מעשית, בזה לנוסחת פילוסופיות גדולות ועוסקה בעבודת הפרטים הקטנים. חלק זה יתאר את השלב הפורמטיבי של מפנה המאה העשרים, שעיקרו היווצרותה והתפשטותה של הפילוסופיה הפרגמטית ועלייתה של בשורת הפרגמטיזם בתחום המשפט האמריקאי. החלק השני יציג את שני השלבים הראשונים של התפתחות הפרגמטיזם של המשפט. השלב הראשון של פרגמטיזם במשפט כולל פיתוח פרגמטיזם של המשפט על-ידי תנועה ביקורתית אינטלקטואלית של משפטנים בין שתי מלחמת-העולם, הקרויה "הריאליזם המשפטי". הביקורת שזרם מחשבה משפטית זה מציע והרעיונות הבסיסיים של הפילוסופיה הפרגמטית מזכירים את טענות הגישור והתנועה ליישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, *Alternative Dispute Resolution* (להלן: ADR), העולות כחמישים שנה מאוחר יותר. השלב השני בהתפתחות הפרגמטיזם של המשפט יוצג כקשור לאסכולת ההליך המשפטי, המופיעה בתקופה שאחרי מלחמת-העולם השנייה בארצות-הברית והיוצרת תפיסה פרגמטית כוללת של המשפט, המשלבת את הסגנון הפילוסופי עם האירופי. אסכולה זו, המבטאת עמדה פרגמטית מובהקת בין זרמי המחשבה באקדמיה המשפטית האמריקאית, מציעה גם את התפיסה הרעיונית הקרובה ביותר לגישור בהקשר התורת-משפטי. רעיונות הפשרה וקבלת ההחלטות שהאסכולה מקדמת בתחום המשפט הציבורי מקדימים את עקרונות הגישור המודרני, כפי שהוא מגובש בשנות השבעים והשמונים, כהליך פרטי המהווה כלי-עזר לניהול משא-ומתן.⁸ החלק השלישי בוחן את הדור שאחרי ההליך המשפטי באקדמיה המשפטית האמריקאית ואת הגרסות של הרעיון הפרגמטי שכל קבוצה בו אוחת בהן. בשלב זה יוצגו אופן פיס, רונלד דבורקין וריצ'רד דבורקין כחולקים רגישויות פרגמטיות דומות הבאות לידי ביטוי בתורות-משפט שונות ואף מנוגדות זו לזו. לצד תיאור פנים-משפטי זה תיבחן גישת כל קבוצה לפרגמטיזם של הגישור ולרעיונות המייחדים אותו. בחלק הרביעי של המאמר יוצג הפרגמטיזם של החלופות למשפט, השומר על רוח "ההליך המשפטי" והמחזיר ביטויים כגון "פתרון בעיות" ו"איוון אינטרסים" אל קדמת הבמה, אך הפעם בתחום המעשי, ולא התורת-משפטית. יוצג הרעיון של "משא-ומתן בצל החוק", וכן ייבחנו בקצרה עקרונות הגישור המודרני כפי שהם נקבעו במודל "פתרון הבעיות" של רוג'ר פישר וויליאם יורי,

7 ההתייחסות ל"פסיכולוגיה של בחירה והתגברות" היא בעקבות כתיבתו של ג'יימס על "הרצון להאמין" כבסיס לקיום. ראו: William James "The Will to Believe" in Menand, *supra* note 2, at 69–92.

8 Roger Fisher & William Ury *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (New York, 1983); הספר תורגם לעברית, ראו: רוג'ר פישר וויליאם יורי סיכום חיובי: לשאת-ולתת על הסכם מבלי לוותר (תשמ"ג). כל ההפניות להלן הן למקור בשפה האנגלית.

המציג את התפיסה הדומיננטית של גישור מודרני. בחלק החמישי מוצגת התפתחות נוספת בתוך עולם הגישור כמשתלבת בהתפתחות הרעיון הפרגמטי: הגרסה הטיפולית והמאוחרת יותר של גישור, המכונה "גישור טרנספורמטיבי", תיבחן כחזרה נוספת אל ההליך ברוח החשיבה הפרגמטית וכביטוי ל"אתיקה של דאגה", המושפעת גם היא מהרגישות התרבותית האמריקאית. בחלק השישי ייבחן היחס בין הפרגמטיזם הישראלי והמשפט, היחס בין הפרגמטיזם האמריקאי והמשפט הישראלי, וכן תיבחן השתלבותו של הגישור בחשיבה המשפטית הישראלית העכשווית. לבסוף ייסקר האופן שבו רעיון מרכזי בתרבות מקומית מחלחל לרמות שונות של החשיבה והעשייה בתוכה, ויערך מיפוי של ביטוייו של הרעיון הפרגמטי, על סתירותיו וגווניו, במסגרת החברה והמשפט הישראליים ועל רקע השתנות האידיאלים הפרופסיונליים בתחום המשפט ויישוב סכסוכים.

פרק א: הפרגמטיזם האמריקאי: בחברה ובמשפט

1. חיפוש זהות אמריקאית והמועדון המטפיזי

תחילת המאה העשרים היא תקופה משמעותית בעיצובן ובעלייתן של תיאוריות ותנועות חדשות, אשר חלקן ניסו להתמודד עם ניסוח של תפיסת הוזהות האמריקאית תוך התבדלות מ"העולם הישן" ומאירופה. בין נסיונות אלה, וכמהלך טבעי לאחר מלחמת-האזרחים, שהיתה שלב משמעותי בהתבגרות האומה האמריקאית, התפתחה פילוסופיה מקומית המנסחת את מהותו של "האדם החדש": "הפרגמטיזם האמריקאי". מקורות ההשראה לפרגמטיזם בחברה האמריקאית מגוונים: החל במסורת הפרוטסטנטית והאתיקה המייחדת אותה,⁹ המשך ברלף וולדר אמרסון (Emerson), הפילוסוף-סופר, גיבור תרבות אמריקאי.¹⁰ הדרוויניזם מהווה מקור השראה לרעיון של פתרון הבעיות ולהקדמת הניסיון למטפיזיקה, והתנועה הדתית הסוודנבורגיאנית (Swedenborgianism), המקובלת בקרב העילית האינטלקטואלית בבוסטון ובפילדלפיה, משפיעה אף היא על התפתחותם של רעיונות אלה.¹¹ "הלידה הרשמית" של הפילוסופיה הפרגמטית נוקפת עם זאת לזכות "המועדון המטפיזי" (The Metaphysical Club), אחד מגי רבים שהתכנסו באותה תקופה.¹²

9 מקס וובר האתיקה הפרוטסטנטית ורוח הקפיטליזם (ברוך מורן מתרגם, תשמ"ד).
 10 לעניין הקשר בין: Oliver Wendell Holmes Jr לבין: Emerson, והאדרת האחרון בפי Holmes, ראו: Louis Menand *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America* (New York, 2001) 16–26.
 11 לניתוח גורמים אלה ודרכי השפעתם, ראו: Michal Alberstein *Pragmatism and Law: from Philosophy to Dispute Resolution* (Burlington, 2002) 1–31.
 12 כינוי ההתכנסות של אותן דמויות המצוינות להלן בשם "המועדון המטפיזי", הופיע רק כעבור

המועדון התכנס בקיימברידג', מסצ'וסטס, שבניו-אינגלנד, מקום מושבה של אוניברסיטת הרוורד, המשמשת מרכז אינטלקטואלי לתרבות האמריקאית באותו זמן. המועדון התאסף בין השנים 1871–1872, והיו חברים בו, בין השאר, ויליאם ג'יימס (William James), צ'רלס פירס (Charles Pierce), שנסו רייט (Chauncey Wright), הקרובים לעולם הפילוסופיה, ג'ון גרין (John Green) המשפטן¹³ ומשפטן מפורסם נוסף – אוליבר וונדל הולמס ג'וניור (Oliver Wendell Holmes Jr.) – שלימד באותה תקופה תורת-משפט בהרוורד¹⁴ ועסק גם בפרקטיקה.¹⁵ קיימים חילוקי-דעות רבים בשאלה אם המפגשים של הקבוצה הנ"ל כונו המועדון המטפיזי,¹⁶ מה אכן נאמר במועדון המטפיזי, עד כמה גובשו בו לראשונה רעיונות הפרגמטיזם ועד כמה היתה כל החבורה הנ"ל שותפה בגיבוש פילוסופיה זו. מה שברור הוא כי במבט לאחור, המשתתפים חלקו הלך-רוח משותף המשלב פוזיטיביזם, בוז למטפיזיקה מוסרית או פילוסופית ותפיסה התפתחותית של החוויה האנושית. במבט לאחור המועדון המטפיזי נחשב למקום הולדתו של הפרגמטיזם האמריקאי.

2. עיקרי הפרגמטיזם

כאשר הרעיון הפרגמטי מתנסח לאחר מעשה, ג'יימס מציג אותו¹⁷ כ"עיקרון של פירס, העיקרון של פרגמטיזם"¹⁸:

"It was in the :Pierce ואצל Menand, *supra* note 10, at p. 201 earliest seventies that a knot of us young men in old Cambridge, calling ourselves, half ironically, half-defiantly, 'the metaphysical club,' – for agnosticism was then riding its high horse, and was frowning superbly upon all metaphysics, used to meet, sometimes
in my study, sometimes in that of William James"

13 Green, שהיה באותה תקופה מרצה בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת הרוורד, בדומה ל-Holmes, העביר ביקורת על הפורמליזם המשפטי וכתב מאמרים בסוגיה. *Ibid*, at p. 223: "His favorite target was legal formalism – the belief that legal concepts refer to something immutable and determinate. His criticism of legal formalism was Wright's criticism of Spencer's evolutionary philosophy: he thought it treated what were merely tools of analysis as though they named actual entities"

14 Bruce Kuklick *The Rise of American Philosophy: Cambridge Massachusetts, 1860–1930* (New Haven, 1977) 48

15 לעניין נוכחותו הנמוכה של Holmes בפגישות המועדון עקב עיסוקיו הרבים, ראו: Menand, *supra* note 10, at p. 216

16 Charles Menand, *ibid*, at p. 201. היחיד מבין המשתתפים שכונה את המפגשים בשם זה היה Pierce, ביומן שכתב כעבור שלושים וחמש שנים.

17 Menand, *ibid*, at p. 353: "James invented pragmatism – that is, he named his own philosophical views after a principle Peirce had published twenty years earlier."

18 William James "Philosophical Conceptions and Practical Results" in *Pragmatism, the Works of William James* (Boston, 1920) 259

"The soul and the meaning of thought... can never be made to direct itself towards anything but the production of belief... When our thought about an object has found its rest in belief, then our action on the subject can firmly and safely begin. Beliefs, in short, are really rules for action; and the whole function of thinking is but one step in the production of habits of action."

עם זאת ניתן לפרוט את הפרגמטיזם הפילוסופי באופן שיטתי יותר כאוסף של הנחות אחדות.¹⁹

תיאוריה של ההתנהגות האנושית: האדם הוא אורגניזם "פותר בעיות", אשר הפעולה קודמת אצלו למחשבה, קרי, באמצעות פעולת בחירה אקטיבית הוא נותן משמעות מעשית לעקרונות תיאורטיים שאינם מסוגלים כשלעצמם להכתיב תוצאה. הבחירה נעשית בעזרת הרצון, האינטואיציה, האמונה, לפי גישות מסוימות בתוך תפיסת עולם זו, ואין היא ניתנת לאישוש מטפיזי.

תיאוריה של ידע ועמדה פילוסופית: חשדנות וביקורת כלפי טענות פילוסופיות המחפשות אמת או מטפיזיקה. לפי הפרגמטיזם, האמת נבדקת רק על-פי הערך המעשי של החזקה ברעיונות או באמונות מסוימים. רעיונות והכללות הם כלים להתמודדות בלבד, ויש להעריך אותם בהתאם לתועלתם ולזנות אותם בהתאם לצורך. הניסיון הוא הכלי העליון להערכה של אמיתות, והוא קודם למטפיזיקה. בבסיס האמונות והדעות מצויים תמיד אינטרסים וצרכים הדורשים מענה.

עמדה אופטימית ומוסרית באשר להתפתחות אנושית: מהרעיון שלפיו האמת היא פונקציה של מפגש עם המתבונן עולה תפקיד מרכזי לאדם כמעצב את המציאות שבה הוא חי. האדם הוא סוכן פעיל, המסוגל לשנות את המציאות תוך התבוננות אופטימית קדימה. תפקיד זה, המתיישב עם הכלכלה האמריקאית המשתנה והמתפתחת של אותה תקופה, מעניק חשיבות ליוזמה ולהתנסות אנושית ומתקשר למאפיין הדמוקרטי של התפיסה הפרגמטית.

3. הפרגמטיזם של המשפט: מקצועיות, ערפול ונקודת-מבט פנימית

גרין, אחד מחברי המועדון המטפיזי, ששימש כעורך-דין עוד לפני מלחמת-האזרחים ומונה לפרופסור בהרוורד לאחר המלחמה, עסק בכתיבתו בתקיפת הפורמליזם המשפטי, וראה בכל בחירה משפטית שיקוף של התועלת והתכלית החברתית שניתן להפיק באמצעותה.²⁰ הוא ראה באמונות (beliefs) תמריצים לפעולה ולהגשמת מטרות.²¹ משתתף נוסף במועדון,

19 פירוט של עיקרי הפרגמטיזם באופן זה הוא תרגום בקירוב של הערך "Pragmatism", כפי שחובר על-ידי מיכל אלברשטין לאנציקלופדיה של משפט וחברה: *Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives Pragmatism* (forthcoming 2006).

20 Menand, *supra* note 10, at pp. 223–225

Ibid, at p. 225: "Green thought that all beliefs have this purposive character – that 21 knowledge is not a passive mirroring of the world, but an active means of making the

שפיתח עמדה משלו באשר לפילוסופיה הפרגמטית, היה המשפטן הולמס, שלימד באותה תקופה באוניברסיטת הרוורד. הולמס ייבא את הרעיון הפרגמטי, המנוסח לראשונה במועדון, אל תוך המשפט בשינויים מחויבים, ויצר נוסחה משלו, אשר נהפכה מאוחר יותר לפסוק שהנחה את התפתחות התרבות המשפטית האמריקאית:²² "חיי של החוק אינם היגיון, אלא ניסיון". הוא טבע פסוק זה בספרו על המשפט המקובל,²³ ובכך שימש השראה לדורות של משפטנים שבאו אחריו וראו עצמם כממשיכי דרכו באופנים שונים. באופן ראשוני, ניתן לתאר את הפרגמטיזם של הולמס כשונה מהגרסה הפילוסופית הכללית בכמה מובנים:²⁴

הולמס מנסח פרגמטיזם מקצועני (פרופסיונלי), ולא כללי כפי שהוא מנוסח על-ידי פירס, רייט או גיימס.²⁵ הוא אינו מניח נרטיבים גדולים של קץ המטפיזיקה או רצון להאמין, ואף אינו נזקק להנחות אלה על-מנת לבסס את גישתו ביחס למשפט. מבהינתו, הפרגמטיזם של המשפט הוא העיסוק הרציני בטקסט המשפטי כאמצעי להבנת האופן שבו ייושם בפועל בעתיד, ומשפטנים צריכים להכשיר את עצמם להכרתה של מערכת חיוזי זו, תוך ערעור מעמדה המרכזי של האות הכתובה.²⁶ הוא התייחס לפרגמטיזם הפילוסופי כאל

world into the kind of world we want it to be — and this was a point he insisted on in the meetings of the metaphysical club. 'He often urged the importance of applying Bain's definition of belief as that upon which a man is prepared to act'"

22 ב-Alberstein, *supra* note 11, at p.50 מובאים דבריו של Cardozo, השופט העליון האמריקאי, על משפט זה: "Here is the text to be unfolded. All that is to come will be development: and commentary"

23 Oliver W. Holmes *The Common Law* (New Brunswick, 1881) 1–2: "The life of the law has not been logic: it has been experience... the law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternately consult .history and existing theories of legislation"

24 לפירוט ופיתוח של טענה זו, ראו גם: Alberstein, *supra* note 11, at pp. 54–64
 25 להבדל בין פרגמטיזם כללי ופילוסופי לבין יישומי בתוך המשפט, ראו גם: Brain E. Butler "Law's Image of Pragmatism — Another Legal Fiction. Review of Michal Alberstein, Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute Resolution, and Denis J. Brion, Pragmatism and Judicial Choice" 1 *Contemporary Pragmatism* (2004) 151

26 Oliver W. Holmes "The path of the law" 10 *Harv. L. Rev.* (1897) 457: "When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before the judge, or to advise people in such a way as to keep them out of court... The object of our study, then, is prediction, the prediction .of the incidence of the public force through the instrumentality of the court"

תיאוריה לא־רצינית.²⁷ גם בחיי המעשה העדיף את העיסוק המקצועני על האקדמי־התיאורטי, ובחר להיות שופט במסצ'וסטס, ומאוחר יותר בבית־המשפט העליון של ארצות־הברית, במקום לעסוק בתיאוריות כוללניות.

הפרגמטיזם של הולמס הוא פנימי למשפט, ומניח את קיומו של החוק כגוף ידע בלתי־ניתן לערעור ועסוק בחפירה בתוכו תוך הפעלת ביקורת פנימית, מתוך הנחה שיש לגוף זה חיים משלו – חייו של החוק. הוא מחויב להקשר המשפטי כנתון, ואינו מציג אותו כמקביל לכל פרקטיקה אחרת. רבים ממחקריו של הולמס עוסקים בחפירה בתוך הדוקטרינה ובחשיפת הלוגיקה הפנימית שבה, ובכך הוא דומה מאוד דווקא לפורמליסטים.²⁸ העיסוק בכללים הינו אובססיבי וממוקד בחיזוי בלתי־נתפס של אותו רגע של החלטה עתידית, בניגוד לפרגמטיזם הפילוסופי, המבטא לוגיקה היסטורית,²⁹ המנסה להחליף את התודעה הקיימת באמת חדשה. מה שיחליטו בתי־המשפט בפועל ממצה את הגדרת המשפט לפי הולמס, משום שרק שליטה ברזי המשפט, בשיתוף עם כלים סטטיסטיים, מביאים לידי ביטוי מקצוענות נקייה ממוסר, ממטפיזיקה או מהנחות תיאורטיות חיצוניות שאפיינו את הפרגמטיזם הפילוסופי (המאופיין במבט חיצוני, מכליל, בעל מימד היסטרי של "פילוסופיה חדשה"). הביהוויוריות (הדגש ההתנהגותי) שלו נשען בהקשר זה על הרוח הפרגמטית ועל ביטויה המיוחד, כפי שהוא יצר אותו, בתוך המשפט.

פרגמטיזם זה של הולמס הינו גם מעורפל מבחינה תיאורטית בהשוואה לקוהרנטיות של הטענה הפרגמטית הפילוסופית. הוא מתרכז בחשיבה בתוך המשפט, עסוק בהכרת כללים והחלטות משפטיות, אך יחד עם זאת אינו סבור שהם מספיקים להבנת מהותו של המשפט. תמיכתו של הולמס ב"ניסיון" שהמשפט מבוסס עליו ניתנת לפרשנויות שונות, ואף זכתה בכאלה על־ידי דורות שונים; קריאתו להקשיב לאינסופי דרך העיסוק במשפט ולמצוא דרכו סיפוק קיומי³⁰ מדגישה את הציווי המיוחד של הולמס, העובר לדורות הבאים, למצוא בחוק תחליף לפילוסופיה של פעם (philosophy) ואף מקום בטוח יותר להפעלה בהינתן ההקשר הבלתי־ניתן לערעור שבתוכו היא מתבצעת, שהוא עולם המשפט. ייעוד זה ממציא את המשפטן של המאה העשרים כאינטלקטואל של החוק, אשר נמנע ממבט פילוסופי־חיצוני, ואשר מקבל את אבני־המשפט כנתוני־בסיס להתפלספות ולחשיבה תיאורטית. המשפט נהפך לשדה מחקר פילוסופי, אשר היכרות מורכבת עם חלקיו מהווה

Gary Peller "Neutral Principles in the Fifties" 21 *U. of Mich. J. of L. Reform* (1988) 27
561

Ibid, at pp. 818–822 28

29 המונח "היסטריה", שמקורו במונח היווני "היסטרוס", קרי: רחם, בא לציין את הצורך לתת תיאוריה כוללת הממלאת חלל נטול משמעות. מונח זה עומד בסתירה ללוגיקה אובססיבית המניחה גוף קיים של ידע ומנסה לנתחו ולהעמיק בהבנתו.

30 Holmes, *supra* note 26, at p. 478: "An intellect great enough to win the prize needs other food beside success. The remoter and more general aspects of the law are those which give it universal interest. It is through them that you not only become a great master in your calling, but connect your subject with the universe and catch an echo of the infinite, a glimpse of its unfathomable process, a hint of the universal law"

אבן-בוהן למוציאות אקדמית. היבדלות זו שונה מהעיסוק הפרגמטי-הפילוסופי, המציע את עצמו כתפיסה קלה לאימוץ, אשר יש המבקרים אותה אף כשטחית, הניתנת ליישום המוני ומשמשת לחינוך הקהילה האמריקאית כולה.

אמירות אחדות של הולמס, כגון: "קביעות כלליות אינן מכריעות מקרים קונקרטיים" ("General propositions do not decide concrete cases");³¹ "סגולתו של המשפט המקובל היא שהוא מכריע קודם-כל במקרה ולאחר-מכן קובע את העקרונות" ("It is the merit of the common law that it decides the case first and determines the principles afterwards");³² וכן "המשפט הוא מה ששופטים עושים בפועל",³³ נראות כמתיישבות עם הרעיון הפרגמטי הכללי. ואכן, על-אף השוני שבגרסתו, הולמס מניח את הקרקע לתורת-משפט אנטי-מהותנית, המתמקדת בניסיון ובהתבוננות קדימה, ולא בחקר הכללים והדוקטרינות המשפטיות בלבד.³⁴ עם זאת מדובר בסגנון פרגמטי מיוחד במינו, השואף להתבחן מהגרסה הפילוסופית המרכזית של הפרגמטיזם. מאוחר יותר השפיע הרעיון הפרגמטי, על גרסתיו המפוצלות, באופנים שונים על התרבות המשפטית: שנות העשרים והשלושים חיזקו את הפרגמטיזם של המשפט, שנות החמישים חיזקו את הפרגמטיזם הפילוסופי במשפט, ובשנות השבעים התפתח בתחום הגישור, בהשראת הפילוסופיה הפרגמטית, סגנון של יישוב סכסוכים המשלב את הפרגמטיזם הפילוסופי של גיימס ודיואי עם זה של שנות החמישים במשפט.³⁵

הולמס פועל כיחיד בדורו, ומנסח את הפילוסופיה הפרגמטית בביטוייה במשפט האמריקאי. ברקע מצויה באותה תקופה דווקא תרבות פורמליסטית ותפיסת-עולם משפטית ברוח הדיקן של הרוורד במפנה המאה, כריסטופר קולומבוס לנגדל (Langdell).³⁶ לנגדל שאף להקנות לפרופסיה המשפטית את ההצדקה האקדמית והתיאורטית שתבחין אותה מעיסוק מעשי, וההתעמקות ב"מדע המשפט" כאוסף של כללים בעלי לוגיקה פנימית וקשרי הסמכה סיפקה מטרה זו. המשפט כמערכת היגדים בעלי לוגיקה פנימית וכתחום-ידע הניתן ללימוד בספרייה, תוך התעמקות בדוקטרינות משפטיות וביחסים פנימיים בין

31. in *American Legal Realism* (New York, William W. Fisher, Morton Horowitz & Thomas A. Reed, eds., 1993) at p. 26.

32. Oliver W. Holmes "Codes, and the Arrangement of the law" 5 *American L. Rev.* (1870) 32 .1

33. Holmes, *supra* note 26, at p. 474: "Jurisprudence as I look at it, is simply law in its most generalized part. Every effort to reduce a case to a rule is an effort of jurisprudence, although the name as used in English is confined to the broadest rules and most fundamental conceptions"

34. ראו: Oliver W. Holmes "Codes, and The Arrangement of the Law" *supra* note 32, *ibid*

35. ראו מיכל אלברשטין תורת הגישור (עתיד להתפרסם בהוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, 2007). בפרק שמיני, העוסק במודל הפרגמטי וביחס בין רוג'ר פיישר ואסכולת ההליך המשפטי וכן בהמשך ההתייחסות להליך המשפטי ראו להלן פרק ד.

36. Patrick J. Kelley "Holmes, Langdell and Formalism" 15 *Ratio. Juris.* (2002) 26

הנורמות, מייצג תחום-עיון (דיסציפלינה) אקדמי כפי שלנגדל שאף לבנותו בהרוורד. אך כבר באותה עת אתגר אותו הולמס תוך שימוש ברגישויות האמריקאיות הפרגמטיות ובפנייה אל המציאות החברתית כמרכזית להבנת הכרעות משפטיות. עזיבתו של הולמס את ההוראה האקדמית ומעברו ל"חיי המעשה" של בית-המשפט העליון של מסצ'וסטס, ולאחר-מכן של ארצות-הברית, הופכים אותו לדמות מיתולוגית ומכוננת לגבי דור המשפטנים הבא האמריקאי, אשר התחנך לאור הפרגמטיזם הפילוסופי הפרוגרסיבי של דייואי ואשר יוצא נגד הפורמליזם האירופי כפי שהוא מופץ על-ידי לנגדל. כך מתגבש לראשונה פרגמטיזם של המשפט כתורת-משפט מוצהרת. פרגמטיזם זה נולד בהשראת גרסתו האירונית והמעורפלת של הולמס, אך הפעם חולקים אותו משפטנים רבים יותר.

פרק ב: פרגמטיזם של משפט: שני שלבים ראשוניים

1. פרגמטיזם של משפט שלב א ו"הצעד הבא" של הריאליזם המשפטי

(א) בין שתי מלחמות-העולם והאינטלקטואלים המורדים במשפט

השלב הבא בהתפתחות הפרגמטיזם של המשפט הוא תנועה שלמה המפנימה חלק מהרעיונות הפרגמטיים אל תוך המשפט. הריאליזם המשפטי הוא זרם-מחשבה או "מצב-רוח אינטלקטואלי"³⁷ אשר המרד נגד פורמליזם מקבל במסגרתו ביטוי שיטתי יותר במסגרת המשפט. המרד בא לידי ביטוי במאמרים אקדמיים, בחזון חדש לחינוך המשפטי ובתנועה רעיונית אשר עיקר כותביה, המגיעים מאוניברסיטות קולומביה וייל, מזועזעים את אמות-הסיפיים המשפטיות בטענותיהם הביקורתיות.³⁸ בשלב זה של התפתחות הפרגמטיזם האמריקאי של המשפט אין הוא עוד חזון של איש אחד, אלא עולם-תוכן של קבוצת חוקרים אקדמית המצויה באופוזיציה לממסד של הרוורד.

הוויכוח בין קרל לוולין (Karl Llewellyn), שנחשב לאחד ממנהיגי התנועה הריאליסטית, לבין רוסקו פאונד (Roscoe Pound), הדיקן של הרוורד בשנות התפתחותה של התנועה, ממחיש יותר מכל את היחס בין הפרגמטיזם הפילוסופי לזה המשפטי ואת האופי המיוחד של הפרגמטיזם של המשפט כאירוני, מעורפל מבחינה תיאורטית ומחויב לנקודת-מבט פנימית.³⁹ לוולין התנגד לפרגמטיזם האורגני והמובנה של פאונד, המשולב

Morton J. Horwitz *The Transformation of American Law 1870–1960: The Crisis of* 37
Legal Orthodoxy (Oxford, 1992) 169

Fisher & Uri, *supra* note 8, at pp. 1–15 38

לתיאור של נוסחת הפרגמטיזם של המשפט כמעורפלת ואירונית, ראו: Butler, *supra* note 25, at p. 151.

בהצגה היסטורית של התפתחות זרמים במשפט, והתעקש להימנע מתיאוריה לשמה ולעסוק באופן רציני בחקר החלטות משפטיות ובהבנת התנהגותו של המשפט במציאות.⁴⁰ לאחר הכרותו על "תורת-משפט ריאליסטית: הצעד הבא",⁴¹ החלה התכתבות מתנצחת בינו לבין פאונד המסמנת את עלייתה של התנועה הריאליסטית וסימונה כתורת-משפט. עם המשתתפים במסגרת התכתבות זו נמנים הריאליסטים, המוצגים כעוסקים בבחינת המשפט כפי שהוא בפועל באופן נמרץ והגון, ללא קשר לפילוסופיה או לפוליטיקה שלהם.⁴² זה למעשה הפרגמטיזם של הולמס בגרסה מפותחת יותר.

רק חלק מן הטענות הביקורתיות המגוונות שהריאליסטים מעלים רלוונטי להבנת הרעיון הפרגמטי ולקישור בינו לבין ההתפתחות בתחום הגישור כעבור כחצי מאה. החלקים הבאים יצביעו על נקודות ממשק מרכזיות אחדות בין הרעיונות שהכניסו הריאליסטים למשפט לבין עולם-התוכן הפרגמטי.

(ב) ספקנות כללים ואנטי-קונספטואליזם

בהשראת הרעיון הפרגמטי, טענה ביקורתית מרכזית של הריאליסטים היא שכללים משפטיים אינם מסוגלים להנביע תוצאה (indeterminate), וכי יש להשקיף עליהם כעל כלים להתנסות, ולא כעל בעלי משמעות כשלעצמם.⁴³ ביקורת הכללים אצל הריאליסטים מקבילה לביקורת ה"מטפיזיקה" בחשיבה הפרגמטית-הפילוסופית הכללית, וכן היא מקבילה לביקורת ההתמקדות בעמדות בגישור מאוחר יותר.⁴⁴ הכללים, כמו המטפיזיקה בפילוסופיה וכמו העמדות במשא-ומתן מציגים עצמם כמסוגלים לתת מענה פשוט לשאלות של משפט, אך למעשה, אין הם אלא החזות החיצונית של ההכרעה המשפטית. מתחת לפני השטח של הכללים המשפטיים מצוי מאבק ערכי, היסטורי או כלכלי, ועקרונות מתנגשים. הבחירה והאיוון בין עקרונות אלה אינם יכולים להיעשות באמצעות פנייה לכללים בלבד. גם שימוש במושגים משפטיים, כקניין, זכות, תאגיד או הליך הוגן, אינו יכול להיעשות מבלי לבחון את השאלה לשם מה הם מוגדרים ומה הם האינטרסים החברתיים העומדים

⁴⁰ Alberstein, *supra* note 11, at pp. 74–78.

⁴¹ Karl N. Llewellyn "A Realistic Jurisprudence – The Next Step" 30 *Colom. L. Rev.* 41 (1930) 431.

⁴² Fisher & Ury, *supra* note 8, at p. 51: "Realists, whatever their philosophy or politics, should work to depict the institution of law as it of, the law in action, and to do so vigorously and fairly".
של תורת-משפט, המציגה את המשפט כמוסד מתפתח המאמץ שלושה מערכים של מתחים בסיסיים: כוח ותבונה, מדע ואמונות, מסורת וקדמה, ראו: Hanoch Dagan "The Realist: Conception of Law" *The Berkeley Electronic Press* (Berkeley, 2005).

⁴³ Fisher & Ury, *supra* note 8, at pp. 164–171.

⁴⁴ ראו דיון לעיל בחלק ב (ג).

מאחורי המושג.⁴⁵ יומרתם של משפטנים לייחס למונחים משמעות פנימית וקיום בפני עצמם מבטאת הלך-רוח אירופי מיושן המתעלם מהדינמיות ומהפונקציונליות הנדרשות במציאות של קבלת ההחלטות המשפטית.⁴⁶ המשפטן הריאליסט, שהוא "האדם החדש", הפרגמטיסט המורד במטפיזיקה, מניח שכללים הם רק כלים להתנסות.

(ג) פנייה לעיקרי מדיניות

חלקם של הריאליסטים טוענים בהקשר זה כי מאחר שהחוק הוא היגד מכשירני (אינסטרומנטלי) ואינו יכול להנביע תוצאה כשלעצמו, יש לפנות לעיקרי המדיניות המצויים מאחורי הכללים, ולהתייחס להיבט התכליתי של היגדים משפטיים. הפנייה לעיקרי מדיניות מקבילה לפנייה לצרכים בפרגמטיזם הפילוסופי, שכן ההנחה היא שניסיון הינו טבעי, ועל-כן, כמו באבולוציה, הוא מונע בעיקר על-ידי צרכים קיומיים טבעיים העוזרים בפתרון בעיות חדשות. הכללים המשפטיים מונעים על-ידי אינטרסים וצרכים חברתיים רחבים. הפנייה לאינטרסים ולצרכים מאוחר יותר בגישור חוזרת על מהלך זה.

(ד) יחס למדעי החברה

חלק מהניסיון לנסח משפט "מציאותי" יותר, כפי שהכינוי "ריאליזם" מרמז, היה להעניק למשפט ודאות ויכולת אישוש באמצעות הפיכתו לענף ממדעי החברה. אחת הטענות הבונות של הריאליסטים (בניגוד לטענות הביקורתיות, ששאפו לעיתים בעיקר לחשוף את המציאות הקשה מבלי להציע לה פתרונות) היתה שיש לקדם תפיסה תכליתית (פונקציונליסטית) של המשפט ולבסס מדיניות משפטית על התבוננות אמפירית.⁴⁷ על-פי הריאליסטים, אין לראות את המשפט כאוסף של כללים, אלא ככלי לקבלת החלטות ולחזוין בהתאם לידע של מדעי החברה.⁴⁸ הפוזיטיביזם שהריאליסטים מקדמים הוא על-כן פוזיטיביזם של עובדות, ולא

45 לתיאור רובד האינטרסים והצרכים בגישור, שהוא פרטי בעיקרו ואינו מדגיש את ההיבטים הפוליטיים או התרבותיים של ההחלטה, ראו לעיל חלק 2.

Felix S. Cohen "Transcendental Nonsense and the Functional Approach" 35 *Colum. L. Rev.* (1935) 809.

John H. Schlegel *American Legal Realism and Empirical Social Sciences* (California, 47 1995); Holmes, *supra* note 26, at p. 194.

Susan Silbey & Austin Sarat "Dispute Processing" in *Law and Legal Scholarship: From Institutional Critique to the Reconstruction of the Juridical Subject* 66 *Denv. U. L. Rev.* (1989) 433, 459: "Moreover, some realists argued that the law's rationality and efficacy were ultimately dependent upon an alliance with science. By using the questions and methods of science to assess the consequences of legal decisions, realists claimed that an understanding of what law *could* do would help in establishing what law *should* do. Thus, realism initiated a dialogue between law and social science by staking a claim

של נורמות.⁴⁹ במסגרת זו, הדגש המושם בסכסוך ובתוצאותיו, במשפט כפי שהוא בפועל ובמציאות החברתית הוא רעיון־מפתח העשוי להתיישב עם תפיסה של יישוב סכסוכים.⁵⁰ הגישור עשוי להיחשב בהקשר זה לממשיך דרכו של הריאליזם המשפטי ולמגשים חזונה של תנועה זו בדבר הקשר בין משפט ומדעי החברה, אם כי בפועל לא נעשה חיבור מעמיק בין ADR ומדעי החברה.⁵¹

הריאליזם המשפטי, המהווה שלב שני בפיתוח הפרגמטיזם של המשפט (אחרי הולמס), נשאר בגדר תנועה אופוזיציונרית ואינטלקטואלית המאגרת את המחשבה המשפטית, אך נותרת בעמדה שולית ביחס לגישה המרכזית של המשפט, הנשארת פורמליסטית בתקופה זו. בכל־זאת, חלק מהרעיונות הריאליסטיים מחלחלים אל תוך התרבות המשפטית האמריקאית, ככל הנראה לנוכח אופיים הפרגמטי והתאמתם לתנאים הכלכליים של התקופה.⁵² תפיסתם את המשפט כ"מה שקורה בפועל" מצאה לה גלגולים מאוחרים יותר בגישות ביקורתיות ואף בונות של המשפט. ההכרזה לאחר המלחמה, "כולנו ריאליסטים עכשיו",⁵³ היא כנראה ביטוי לעובדה שהאקדמיה האמריקאית המשפטית חולקת תרבות משותפת של פרגמטיזם, ושבאופנים שונים היא מגבשת תפיסות החורגות מהפורמליזם האירופי הישן. השנים שלאחר המלחמה חשובות במיוחד על־מנת להבין תרבות מתגבשת זו.

2. פרגמטיזם של משפט שלב ב: אסכולת ההליך המשפטי

(א) כניסתו של הפרגמטיזם אל הזרם המרכזי והתקופה שאחרי המלחמה

בשנות החמישים נוצר רגע מכונן בתרבות המשפטית האמריקאית, כאשר חלק מהטענות

for the importance of phenomenon beyond legal categories and by attacking the self-centered arrogance of legal decision makers"

Schlegel, *supra* note 47, at p.25: "Realism too was an antiformalism that preached, and occasionally delivered evidence of, the importance of an empirical understanding of workings of the legal system and yet somehow realism always returned to the case law analysis"

50 אנשי תנועת ה־ADR אינם רואים עצמם כממשיכי דרכם של הריאליסטים בפועל, ועמדתם הביקורתית של האחרונים אינה תואמת את הלך־הרוח של הזרם המרכזי של תומכי התנועה ליישוב סכסוכים, המורכב ברובו מאנשי־שטח פרגמטיים שאינם מעוניינים בהיבט החברתי והביקורתי של סכסוכים ומשפט.

51 Austin Sarat "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing" 21(5) *Law & Society Rev.* (1988) 695. טוען, כי על־אף הטענה לחיבור למדעי החברה, מחברי הספר העוסקים ביישוב סכסוכים מסתפקים בפנייה לחוקרים שיבדקו את העובדות שברצונם למצוא ויוכיחו את טענותיהם. אין שימוש אמיתי במתודולוגיות ובתכנים של מדעי החברה.

52 Lon Fuller & William Perdue "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L. J.* (1936–1937) 52

53 .Laura Kalman *Legal Realism at Yale 1927–1960* (Los Angeles, 1986) 229

הריאליסטיות, ולמעשה הפרגמטיות, מאומצות על-ידי הזרם המרכזי של המשפט תוך דחיית ההיבטים הרדיקליים והביקורתיים שאפיינו את הגישה הריאליסטית. זה קיבוץ ההתפתחויות התיאורטיות בתחום המשפט מסוף המאה התשע-עשרה ועד אמצע המאה העשרים, היוצר סינתזה בין הביקורת הריאליסטית של שנות השלושים והפורמליזם של תחילת המאה נוסח לנגדל.⁵⁴ השנים שלאחר המלחמה, שאמריקה נהפכת בהן למעצמת-העל במישור הבינלאומי, מביאות לידי ניסוח מחודש של תורת-משפט אמריקאית, אשר רותמת את הרעיון הפרגמטי לגיבוש תפיסה של תפקוד החוק על כל מוסדותיו. אסכולת "ההליך המשפטי" ("The Legal Process school of thought") מייצגת את תפיסת-עולם הזאת, וביטוייה הכתוב הוא קורס בחירה מרכזי בשם זה, בעל כותרת-המשנה "בעיות בסיסיות בעשייה וביישום של החוק", אשר פותח בהרוורד בשנים שלאחר המלחמה.⁵⁵ מהרוורד עבר לכל בתי-הספר היוקרתיים למשפטים בארצות-הברית, ונלמד בערך עד לשנות השמונים.⁵⁶ פיתחו את הקורס הנרי הארט ותלמידו, שנהפך לעמיתו, אלברט זאקס, והשפעתו על ייצוב המשפטנית האמריקאית של שנות השבעים והשמונים הינה עצומה.⁵⁷ למרות חשיבותו הרבה, פורסמו החומרים ששימשו בסיס לקורס רק בשנת 1994, בספר הנושא את שמו, ועד אז שימשו כמעין "תורה שבעל פה", אשר השפיעה רבות על החינוך המשפטי, אך לא קיבלה ביטוי רשמי רחב. אחד ההסברים לאיחור בהכרה בחשיבותה של גישת "ההליך המשפטי" בתרבות המשפטית האמריקאית הוא השמרנות שיוחסה לה על-ידי הדור שחונך על-פיה ושראה בה תפיסה שלא הצליחה להשתכלל מבחינה תיאורטית ונכשלה בנסיונה להכיר בהישג המשפטי הפנומנלי של תקופתה, שהוא פסיקתו של בית-משפט העליון האמריקאי בעניין הדה-סגרגציה בחינוך במדינות הדרום.⁵⁸ בניו ובנותיו של הדור שאחרי

54 ליחס הביקורתי כלפי הריאליסטים כחלק ממאפייני האווירה האינטלקטואלית שלאחר מלחמת העולם השנייה ראו מורטון הורוביץ "החשיבה המשפטית האמריקאית לאחר מלחמת העולם השנייה 1960-1945" עיוני משפט טו (תשנ"ב) 445, 444-474. ראו גם: Peller, *supra* note 27 at p. 568.

55 Henry M. Hart & Albert M. Sacks *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (Westbury, 1994) 1.

56 ראשיתו של הקורס היתה בקורס בנושא חקיקה שהועבר עוד לפני המלחמה על-ידי הארט. הטיוטה הראשונה של הטקסטים המהווים בסיס לקורס פורסמה בשנת 1955 ונקראה: *Materials for a General View of the American Legal System, ibid*, at p. liii.

57 *Ibid*, *ibid*: "Hart and Sacks' opus has had a great run as teaching materials. It was the text for a popular perspectives course at the Harvard Law School for more than three decades, and dozens of other law schools offered similar courses from the materials during this period. Thousands of law students, including five current Justices of the United States Supreme Court, studied the materials in the classroom".

58 ההנחה היתה שגישתם המוסדית של הארט וזאקס דוגלת באיפוק מוסדי ומתנגדת לאקטיביזם בנוסח פסק-דין *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (להלן: עניין *Brown*), אשר במסגרתו היה בית-המשפט אחראי לרפורמה מבנית במערכת החינוך במדינות הדרום. שם, בעמ' 1iv, נאמרו הדברים הבאים: "The co-authors avoided the evident conflict among

ההליך המשפטי מרדו בתפיסה זו בדרכים שונות ומגוונות, ובמידה רבה, רק כיום מתחילה להיווצר פרספקטיבה מתאימה להבנתן של גישה זו ושל דרכי השפעתה. הרעיונות המרכזיים של אסכולת ההליך המשפטי, כפי שהם משתקפים בטקסטים המרכזיים של הקורס וברעיונות שרווחו בתקופה, מכוננים תפיסה תורת-משפטית פרגמטית והרמונית, המתייחסת אל המשפט בכל מופעיו המוסדיים. כמה מההנחות החשובות של תפיסה זו, המתקשרות לפרגמטיזם של פעם, לתפיסת הגישור של שנות השמונים, ואשר יש להן חשיבות להבנת השינויים שחלו במשפט מאוחר יותר, יצויינו כאן בקצרה.⁵⁹

(ב) משפט כמתחיל מלמטה והעוגה אשר אינה קבועה

תמונת-העולם של המשפט בטקסטים של הארט וזאקס ובאקלים של שנות החמישים בארצות-הברית היא של ארגון רציונלי ופונקציונלי המורכב ממוסדות שונים ומתפתח ומתנהל בהרמוניה שבבסיסה שוק פרטי המתפקד באופן ספונטני ויעיל. המערכת המשפטית היא מכלול המורכב ממוסדות שונים, ועל-מנת לפתור בעיות המתעוררות בתוכה יש להכיר את תפקידו של כל חלק, על ייחודיותו.⁶⁰ הנחה משתמעת במסגרת תפיסת-עולם זו היא

these values through a pervasive optimism about the ability of the state to expand its citizens' happiness without unduly invading their liberties. Yet at the very time when Hart and Sacks were drafting the materials, these assumptions were being called into question by a new generation whose attention was focused upon *Brown v. Board of Education*. השפעה מרכזית על הנחה זו היתה למאמר של Herbert Wechsler, אשר נחשב איש ההליך המשפטי, ואשר יצא תיגר, בשם "עקרונות ניטרליים", נגד הפסיקה בפסק-דין *Brown*. ראו: 73 "Toward Neutral Principles of Constitutional Law" Herbert Wechsler *Harv. L. Rev.* (1959) 1. בניגוד לכך, Hart ו-Sacks נחשבו דווקא לתומכים מבחינה פוליטית בפסק-דין *Brown*, אף שמבחינה מעשית לא הקדישו לו מקום מרכזי, ולעיתים אף לא הזכירוהו כלל. אחד הביטויים החזקים של תפיסה זו של כישלון ושל חוסר היכולת להעניק מסד תיאורטי מספק לתפיסת ההליך המשפטי, כפי שהדור הבא השקיף על כך, הוא הסיפור על הנרי הארט, אשר נבחר בשנת 1958 לתת את שלוש ההרצאות היוקרתיות המכוננות "Holmes lectures". השמועה אמרה שהוא שוקד על כתיבת ספר תיאורטי תורת-משפטי לאור חומרי הקורס, וכי הוא צפוי להציג את ראשי-הפרקים שלו בהרצאה השלישית. בזמן הרצאה זו, כאשר הגיע הזמן להרצות על התיאוריה, הודיע הארט כי לאחר מחשבה הוא הגיע למסקנה שתוכניותיו לפתור את הבעיות לא עלו יפה, והוא התיישב לפני קהל המום. Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 98.

59 לניתוח נרחב של תופעת ההליך המשפטי, כולל האקלים התרבותי שבה נוצרה והתגובות הקוטביות כלפיה, ראו: 184–100 pp. Alberstein, *supra* note 11, at pp.

60 Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 137: "A legal system is a system a coordinated, functioning whole made up of a set of interrelated, interacting parts. The solution of specific legal problems constantly requires an understanding of the functions and interrelationships of more than one institutional process and frequently of several. Problems arising in a court call for a perceptive awareness not only of what courts are

שבבסיס החברה האנושית מצויים אנשים החיים בתלות הדדית (inter-dependence), וכי הם פועלים תוך שיתוף-פעולה לקידום מטרותיהם בעולם שבו העוגה גדולה דיה לרצות את כולם. במיוחד נדחית הטענה, המיוחסת במשתמע למרקסיסטים, כי המשאבים בעולם מוגבלים, וכי בני-האדם נלחמים עליהם ומחפים על מאבקם בהצדקות ובמבני-על שונים.⁶¹ ההנחה של העוגה הקבועה נדחית על-ידי הארט וזאקס, ובמקום זאת הם קוראים להכיר באפשרות הדינמית להגדיל את העוגה ולשתף-פעולה בכיוון של קדמה ושגשוג.⁶²

"These Materials proceed upon the conviction that this is a fallacy – 'the fallacy of the static pie.' The fact – the entirely objective fact – seems to be that the pie – that is, the total of actually and potentially available satisfactions of human wants – is not static but dynamic. How to make the pie larger, not how to divide the existing pie, is the crux of the long-range and primarily significant problem."

ההנחה שלפיה העוגה אינה קבועה, וכי תמיד ניתן להגדיל אותה באמצעות פתרונות מנצחים (win-win solutions), משותפת לספרות המשא-ומתן הקלסית שמתפתחת מאוחר יותר, והיא בעלת שורשים בפילוסופיה הפרגמטית האמריקאית ובהשיבה אבולוציונית, כפי שפורט לעיל. ההבדל נעוץ בכך שבועוד שבשנות החמישים במשפט, ההתייחסות היא לפתרון הבעיות החברתיות של החברה כולה, תוך פיתוח תורת-משפט שתסדיר את פתרון, בשנות השמונים חוזרים רעיונות אלה בתחום הפרטי כאידיאל של משא-ומתן בינאישי, ללא התערבות סמכותית.⁶³ רעיון זה, המאדיר את כוחו של השוק החופשי ומאמין בצמיחה מתוך התנהלות ספונטנית, נחשב מיושן ואנכרוניסטי על-ידי זרמי המשפט מכל קצות הקשת הפוליטית בשנות השבעים,⁶⁴ והוא מוחלף בתיאוריות שונות של ארגון השוק ו/או החברה באמצעות המשפט והתערבות אינטנסיבית בהם.

for but of what a legislature is for and sometimes also of what an administrative agency
is for and of what matters can be best left to private decision"

Ibid, at p. 102: "In particular, many people have rejected the whole notion of purpose 61 in social organization. At bottom, they have argued, the social problem is a problem simply of deciding who gets what. This view starts with the obvious fact that there is not enough in the world of all the things that people want to go around among the people who want them. The gist of the social situation is then seen baldly, as no more than a continuing struggle among conflicting claimants to get what they can. In this view, the whole apparatus of social order, law included, becomes little more than a substitute or a mask for force, providing a cover of legitimacy for the decisions that have to be made among the various contestants"

Ibid, at p. 103 62

אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק שמיני; 41, at p. 11, *supra* note 11, Alberstein. 63

64 129 (1960) 73 *Harv. L. Rev.* "Professor Hart's Theology" Thurman Arnold. 64

(ג) יישוב סכסוכים והפירמידה של הארט וזאקס

תפיסת המשפט של הארט וזאקס מדגישה את תפקידו כמיישב סכסוכים, ועיקרה הוראת הסטודנטים בדרך של מעקב אחר סכסוך מיום היוולדו, דרך התגלגלותו והשתנותו בין מוסדות המשפט השונים.⁶⁵ דגש זה נדיר בתרבות המשפטית של ימינו, ומאפיין את חברי האסכולה של "ההליך המשפטי" בכלל, ובמיוחד את המפורסם שבהם, לון פולר.⁶⁶ זה גם כפי הנראה הרקע לייחוס מעמד מכונן להארט וזאקס בשיח ה-ADR ולהחשבתם לאבות הגישור המודרני.⁶⁷ על-מנת להבין את המערכת המשפטית, על תפקודיה, באמצעות מוסדותיה השונים, הארט וזאקס טוענים כי יש לעקוב אחר סכסוך מיום היווצרותו, דרך המנגנונים השונים שיש לחברה על-מנת לטפל בו, אשר חלקם פרטיים ונוצרים על-ידי השוק באופן חוזי וחלקם ציבוריים. בהתאם לכך, הפירמידה שהם מציעים לתיאור המשפט אינה זו של המלומד האירופי הנס קלזן, הרואה את המשפט כמערכת נורמות הנשענות כולן, דרך מערכות הסמכה מורכבות, על נורמה בסיסית אחת.⁶⁸ הפירמידה הפרגמטית, או האמריקאית, מתחילה מלמטה, ועניינה הסכסוכים הקונקרטיים המתרחשים בשדה החברתי, שברובם אינם מגיעים כלל למשפט:^{69, 70}

"Historically, the law begins and has to begin at the grass roots. Currently and continuously in the continuous current of time the same thing is true.

65 אחד הגיבורים המפורסמים של הטקסטים של "ההליך המשפטי" הוא Martinelli, מוכר מלונגים שעניינו עובר מרשויות המנהל לבית-משפט והלאה עד למערכת הפדרלית ולבית-המשפט העליון. הסטודנטים נדרשים לעקוב אחר ההתרחשויות ולייעץ לו בכל פעם לאן לפנות ובמה לבחור.

66 לדיון בלון פולר ובתורת-המשפט שלו, כולל ההתמקדות ביישוב סכסוכים, ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק שני.

67 Carrie Menkel-Meadow "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR" 16 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2000) 1, 25-30: "Though few have made the argument explicit, much of the current penchant for 'menus,' 'multi-door courthouses,' and 'fitting the forum to the fuss' can find its historical roots in the work of the Legal Process scholars, Henry Hart and Albert Sacks. These scholars argued for a principle of 'institutional settlement' or institutional competence or specialization..."

Hans Kelsen *Pure Theory of Law* (Oxford, 1967) 68

69 Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 286: "The overwhelming proportion of the things which happen and do not happen in American society pass without any later question. Many of these acts and omissions are the results of decisions which people make in the exercise of a private discretion, accorded to them by official recognition of a private liberty. Still others are in conformity, conscious or unconscious, with officially formulated arrangements conferring private powers or declaring private duties. The remainder are in violation, likewise conscious or unconscious, of such arrangements"

Ibid., at p. 159 70

For the function of law is the function of settling the problems of people who are living together in a condition of interdependence... Governmental action may and constantly does alter the conditions of collaboration among the people in a society. So doing, it may change the nature of the problems pressing for solution, solving some, modifying others, and creating still others. But what the government never can do, whatever techniques or legislation it employs, is to change the way in which the problems keep coming to it, emerging at the level of private activity with the gloss of private adjustments and maladjustments already put upon them."

עולה מכאן ההנחה כי החוק מתחיל מהשורשים, וכי יכולתו של המשפט להשפיע על החברה מוגבלת, משום שתמיד תהיה קדימות לבעיות כפי שיעלו מהשטח ולאופן שבו יגיבו על נסיון השינוי. זו הנחה זרה לתפיסת המשפט של שנות השבעים והשמונים. בעולם שאחרי שנות החמישים, שבו ההבחנה החדה בין פרטי לציבורי אינה עומדת עוד, המשפט מנסה לעצב מחדש את תפיסת החברה ומניח במידה רבה שיש לו תפקיד בהגדרת הבעיות שאנשים אמורים לחוות אותן.⁷¹ בשנות החמישים יש למשפט תפקיד צנוע יחסית ביחס לשוק, והוא מניח שרק סכסוכים שימצאו את דרכם במעלה הפירמידה של המוסדות החברתיים והמשפטיים ליישוב סכסוכים צריכים לזכות בתשומת-ליבו של המשפט. בהתאם לכך, "הפירמידה הגדולה של הסדר המשפטי" (The Grand Pyramid of Legal Order) מתוארת כמורכבת משכבה ראשונה, שבה מיליארדים של "אירועים" ו"לא אירועים" שאינם מעוררים כל שאלה משפטית. זו השכבה שבה מתבצעת חקיקה פרטית (private ordering), שהיא ההליך הבסיסי ביותר של התאמה חברתית בתוך מערכת משפט.⁷² החקיקה הפרטית, שהינה למעשה השוק, היא אחד המוסדות של המשפט. חלק נכבד מספרם של הארט וזאקס מוקדש להכרת מוסד זה תוך הצגת סוגיה בדיני חוזים, והוא הבסיסי ביותר ביצירת הסדר החברתי.⁷³ התייחסויות גומלין, שעקרון הסדר החברתי הדומיננטי בהן הוא "הדדיות", במונחים של פולר,⁷⁴ הן המתאימות ביותר להסדר ברובד זה של משא-ומתן,⁷⁵ ובהקשר זה, תמיכתם במשא-ומתן והצגת יתרונותיו מזכירות את תפיסת ה-ADR

71 ראו להלן הערות 118 ואילך והטקסט שלידן.

72 Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 161.

73 *Ibid.*, at p. 186: "[T]he materials are designed to invite reflection about... 1. What is the role in fact of private decision in the total direction of American society? 2. What is its optimum role? What are its characteristic advantages and disadvantages? How can private ordering be best regulated so as to make the most of its virtues while curbing its abuses? What are the principle techniques for doing this?"

74 אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק שני, העוסק בלון פולר.

75 Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 645: "To the extent that the resolution of the dispute depends essentially upon what Professor Fuller calls the principle of order by reciprocity, as distinguished from the principle of order through common ends

המודרני.⁷⁶ השכבה השנייה היא זו שבה מצויים מקרים שהופרו בהם הסדרים מקובלים, אך עדיין לא ננקטה פרוצדורה פורמלית על-מנת לטפל בהפרתם.⁷⁷ השכבה השלישית היא זו שבה המשא-ומתן הישיר בין הצדדים לא הצליח, והם פונים לצדדים שלישיים, כגון בוררים או מגשרים, כדי שיעזרו להם לפתור את הסכסוך. פנייה זו מכונה על-ידי הארט וזאקס "פעילות סעדים" (remedial activity), והיא המתאימה ביותר כאשר המטרה המרכזית היא להגיע להסכם.⁷⁸ רק לשכבה הרביעית מתנקים סכסוכים הנכנסים למערכת המשפטית הפורמלית או לכל מערכת אחרת המוסמכת להכריע בדרך של שפיטה. במקרה שהפתרון בערכאה הראשונה לא יהיה מספק, יתקדם הסכסוך לשכבה הבאה של ערכאת הערעור, עד למיצוי מלא של הדין.

הסכסוכים מתמינים ומתבדלים אם-כן לפי הארט וזאקס בהתאם לעיקרון של שוק ולא לפי ערך טבוע כלשהו, המיוחס להם מלמעלה. הדגש שהארט וזאקס שמים במשא-ומתן ובהליכים חלופיים הינו חדשני ומקדים את זמנו, אך אין מדובר באותם הליכי ADR המתפתחים בשנות השבעים. הליכים אלה, כפי שהם ממוקמים בפירמידה של הארט וזאקס, אינם שייכים באופן בלעדי לשוק הפרטי, אלא הם חלק ממבנה מוסדי חדש של המערכת המשפטית.⁷⁹ מיקום זה קשור למאפייניו המיוחדים של שיח הגישור כמתפתח בתקופה שבה ההבחנה בין פרטי לציבורי מתערערת והאמונה בכוחו ובעליונותו של השוק אינה שולטת עוד בכיפה.⁸⁰ במובן אחר, כפי שאוסטין סארט (Austin Sarat) טוען, גישת ה-ADR מהווה "חזרה אל הבסיס" בפירמידה של הארט וזאקס והרחבה של גישתם כתגובה מאוחרת על הביקורת הריאליסטית (שהיא הפרגמטיזם האמריקאי במשפט).⁸¹ זאת משום שהנחת-

(including the maintenance of a regime of reciprocity), the method of adjudication operates to eliminate the best judges of a satisfactory exchange – namely, the parties to the exchange themselves – from any effective share in the decision"

Ibid, *ibid*: "In achieving an agreement among disputants, experience seems to show 76 that the most fruitful method, generally speaking, is that of negotiation. Negotiation is informal and flexible in its procedure whereas the procedure of adjudication is formal and rigid. Negotiation is far better adapted than adjudication to securing the pre-condition of a satisfactory agreement – namely, a sympathetic understanding of the other party's point of view" להשוואה בין תמיכתם של Hart ו-Sacks במשא-ומתן לבין תנועת ה-ADR המודרנית וגישתה למשא-ומתן, ראו: Kent Roach "What's New and Old about Legal Process?" 47 *Univ. Toronto L. J.* (1997) 363, 372–373

Ibid, at p. 286 77

Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 645 78

אלברשטיין, לעיל הערה 35, פרק שני, העוסק ב-ADR. 79

80 גם בתקופה שבה הארט וזאקס מלמדים את הקורס שלהם ומפיצים את הטקסטים שלו יש קולות המבקרים את תפיסתם והרואים אותה כנאיבית ולא-מציאותית. ראו: Thurman Arnold "Professor Hart's Theology" 73 *Harv. L. Rev.* (1960) 1298

81 Austin Sarat "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing" 21(5) *Law & Soc'y Rev.* (1988) 695, 701–702

המוצא של התת-דיסציפלינה של יישוב סכסוכים באקדמיה המשפטית היא שבאמצעות הכרת מערך פורמלי של פרוצדורות מגוונות לניהול סכסוכים וליישובם, נוצרת אפשרות להסדרה רציונלית, ולא פוליטית, של החברה. הסדרה זו חוזרת על ההבחנה הפורמליסטית במשפט בין דיני חוזים, המשקפים הסדרה פרטית ונחשבים עדיפים, לבין דיני נזיקין, המשקפים הסדרה ציבורית. השיח של יישוב סכסוכים מבחין באותה מידה בין פרטי (משא ומתן, גישור) לציבורי (בוררות, שפיטה) ומקבע היררכיה ביניהם, אשר לפיה יש עדיפות לגישור – החוזה – על שפיטה או בוררות.⁸²

(ד) פשרה מוסדית ואיזון אינטרסים

מאחורי גישת ההליך המשפטי עומדת תפיסה אבולוציוונית אופטימית ונאיבית במידת-מה לגבי ההתארגנות החברתית האנושית. זו קשורה בתגובה טבעית של בני-אדם על תנאי התלות ההדדית שהם מוצאים את עצמם בהם. אנשים נחלקים לקבוצות על-מנת להגן על עצמם ולקדם את האינטרסים שלהם. הבעיות הנוצרות תוך התייחסות-גומלין זו דורשות עקרונות מארגנים:⁸³

"Substantive understandings of arrangements about how the members of an interdependent community are to conduct themselves in relation to each other and to the community necessarily imply the existence of what may be called constitutive or procedural understandings or arrangements about how questions in connection with arrangements of both types are to be settled. The constitutive arrangements serve to establish and to govern the operation of regularly working – that is institutionalized – procedures for the settlement of questions of group concern."

הליך קודם למהות על-פי גישת ההליך המשפטי ובהשראת הפרגמטיזם האמריקאי. ההנחה היא שהפשרה המוסדית, כמו הניסיון בפילוסופיה הפרגמטית, היא העיקרון המנחה של ההכרעה המשפטית. שופטים מתבוננים קדימה באופן אופטימי, תוך פתרון בעיות והפעלת חשיבה פונקציונלית, והעיקרון המנחה אותם, לפי גישת ההליך המשפטי, הוא יצירת הרמוניה וחלוקת תפקידים נכונה בין המוסדות המשפטיים.⁸⁴ שימוש במושג זה,

⁸² *Ibid*, at p. 705; אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק שלישי, העוסק בתנועת ה-ADR. לעניין ההבחנה בין ההליכים השונים וסיווגם בין פרטי וציבורי, ראו: Stephen B. Goldberg, Frank E. A. Sander & Nancy H. Rogers *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other Processes* (New York, 1999).

⁸³ *Ibid*, at pp. 3–4

⁸⁴ *Ibid*, at p. 4: "The principle builds upon the basic and inescapable facts of social living which have been stated: namely, the fact that human societies are made up of human beings striving to satisfy their respective wants under conditions of interdependence,

כך הארט וזאקס מציעים, עשוי לפתור רבות מההתהיות והמסתורין בדבר טיבו של החוק, ובעיקר את הוויכוח הנרחב בשאלה אם החוק הוא עובדה (is), כמו נתון הנאסף במדעי הטבע, או ציווי (ought), המורה על דרכי פעולה בהתבסס על עקרונות המוסר או מערכת ציוויים אחרת.⁸⁵ במקום זאת יש לומר כי החוק הוא היגד תכליתי המכוון להשיג מטרות חברתיות,⁸⁶ אשר יש להבינו ולפרשו בהתאם לתפקידו בניהול החברה וביצירת הרמוניה בין מוסדותיה השונים. החלטה, שהיא תוצר של הליך הוגן המנוהל בהתאם לעיקרון של פשרה מוסדית תתקבל ללא קשר לשאלה אם היא "נכונה" או "מוטעית" באופן מטפיזי.⁸⁷ כך, באמצעות העיקרון הפרגמטי ביישומו בהקשר המשפטי, הארט וזאקס מראים כי הסדר החברתי אינו אלא איזונים ופשרות אינסופיים במסגרת של פתרון בעיות מתמיד, ויוצרים תמונת-עולם של משפט ככלי להשגת הרמוניה חברתית הפועל באופן של פשרה ואיזון. תורת-משפט פרגמטית זו מנסחת למעשה את הקול האמריקאי במשפט, ובתחום הציבורי היא מנסחת את מה שייבא רוג'ר פיישר מאוחר יותר לספרה הפרטית כעקרונות הבסיסיים של משא-ומתן.

מושג מרכזי במסגרת זו של תפיסת הליך, המתאר את אופן קבלת ההחלטות המשפטיות, קרוי reasoned elaboration – "פיתוח מנומק", או בתרגום חופשי ומקומי יותר: "איזון אינטרסים". הוא מבטא את רוח התקופה שבה נראו פשרה והסכמה כתוצרים טבעיים של שיתוף-פעולה בעולם הומוגני מבחינה תרבותית, והוא מצייר את ההליך השיפוטי כחיפוש מתוך הקשר, קרוב למקרה, החותר לאמת שהיא פשרה בין אינטרסים נוגדים. העולם שמאחורי הנורמות המשפטיות הוא עולם שקיימים בו אינטרסים ועקרונות המושכים לכיוונים נגדיים. אין בכך כדי לפגוע באובייקטיביות המשפט, שכן היגד תכליתי דורש תמיד איזון אד-הוק שאינו יישום פשוט. ניתן לראות שגם המודל הפרגמטי של גישור⁸⁸ מניח

and the fact that this common enterprise inevitably generates questions of common concern which have to be settled, one way or another, if the enterprise is to maintain itself and to continue to serve the purposes which it exists to serve. To leave decisions .of these questions to the play of raw force would defeat these purposes"

Ibid, at p. 5: "Many of the mysteries about the nature of law and of legal concepts disappear in the light of a clear understanding of the principle of institutional settlement and of the reasons which entitle it to acceptance. Thus, countless pages of paper and gallons of printer's ink have been expended in debate about whether law is something which 'is', like the data of the physical sciences or something which involves elements .of what 'ought' to be, resting upon moral or other prudential considerations"

Ibid, at p. 136: "Law is the process of purposeful pursuit of social ends. The purposes of law are not expressed in the sanctions which it is feasible or expedient to impose. They are expressed in the primary provisions of general directive arrangements, and in the more nearly ultimate conditions which those conditions provisions are designed to .foster"

Ibid, at p. 109 87

88 ראו דיון להלן פרק ה.

באופן דומה שכל סיטואציה של סכסוך קוראת לארגון מחודש של האינטרסים במסגרת ההתנסות המיוחדת של הגישור.⁸⁹ במשפט, ההנחה היא שהליך זה שומר על הרציונליות המייחדת את קבלת ההחלטות המשפטיות, ויכול להתבצע תוך סיעור-מוחין שבו השופטים מחפשים אחר החשיבה הקולקטיבית שהם חולקים (מה שהארט כינה: "The maturing of collective thought").⁹⁰ תהליך זה מזכיר את סיעור-המוחין במסגרת שלבי הגישור הפרגמטי, והנחתו של הנרי הארט אכן היתה שככל ששופטים רבים יותר יעסקו זמן רב יותר בחיפוש אחר האיוון המתאים, כן הם יגיעו לתוצאות טובות יותר המשקפות באופן טוב יותר את רוח התקופה.⁹¹ עם זאת, הבדל מרכזי בין הנוסחות הפרגמטיות המקבילות נעוץ בכך שהאיוון של הארט וזאקס שואף לסדר ציבורי הרמוני וקורא לתהליך שיתרחש בבית-המשפט העליון, בעוד האיוון אצל פישר ויורי מדבר על היחידה הפרטית ביותר של הסכסוך.⁹²

סוג הרציונליות המאפיינת את הכרעת השופטים במסגרת תפיסת-העולם הפרגמטית אינה פורמלית או מתמקדת בהחלתן של נורמות משפטיות. הפעלתו של "פיתוח מנומק" (reasoned elaboration) או איוון אינטרסים אינה מצריכה רציונליות אנליטית מרוחקת, אלא קוראת לרגישות גבוהה להקשר, למיומנות ולאומנות, אשר יכריעו תוצאות במקרים קונקרטיים בהתאם לעקרונות, אינטרסים ועיקרי מדיניות המצויים מאחורי הנורמות.⁹³

89 ראו הצגת עקרונות המודל הפרגמטי, לעיל פרק א.

90 Edward G. White "The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change" 59 *Va. L. Rev.* (1973) 279, 286. דרישתו של הארט מהשופטים היתה: ראשית, עליהם לתת נימוקים להחלטותיהם. שנית, נימוקים אלה צריכים להיות מובאים בדרך מפורטת וקוהרנטית. שלישית, הם מבטאים את "המחשבה הקולקטיבית הבוגרת".

91 Henry M. Hart "Foreword: The Time Chart of the Justices: The Supreme Court 1958" 73 *Harv. L. Rev.* (1959) 84. וכן ראו: Anthony J. Sebok *Legal Positivism in American Jurisprudence* (Cambridge, 1998) 125: "Hart was assuming, of course, that legal reasoning is a bit like shooting at a target: The more people and more attempts there are, the greater the likelihood of hitting the 'right' answer. Hart based this assumption on the phenomenon he called the 'maturing of collective thought': 'Ideas which will stand the test of time as instruments for the solution of hard problems do not come... with dependability to any single individual even in much longer periods of study and reflection. Such ideas have ordinarily to be hammered out by a process of collective deliberation of individuals, gifted or otherwise, who recognize that the wisdom of all, it is successfully pooled, will usually transcend the wisdom of any'". לביקורת על הנחה אופטימית זו בדבר הגעה לקונסנזוס, ראו: Arnold, *supra* note 80.

92 ראו דיון לעיל פרק א.

93 Peller, *supra* note 54, at p. 595: "'Reasoned elaboration' referred to a sense of craft within which the judiciary could elaborate principles and policies contained within precedent and legislation to reach a reasoned, if not analytically determined, result judiciary had jurisdiction to decide the issue so long as the legislature had not already

"רציונליות אורגנית" זו,⁹⁴ המאזנת אינטרסים ועקרונות ומביאה אותם לידי הרמוניה במקרה הספציפי,⁹⁵ היא המצב הרגיל של המשפט, ולא, כפי שהיה נהוג לחשוב בתפיסה הרציונלית, חריג המייחד מקרים קשים.⁹⁶ בתקופה של שמרנות, אופטימיות ולכידות חברתית ותרבותית, לפחות מבחינת הנראה לעין, שיקול-דעת נתפס כחיובי וכבלתי-מאיים, כמו גם האפשרות לשקף את "המצפון הקולקטיבי", "רוח התקופה" או "הציבור הנאור".⁹⁷ ההנחה היא שבמישור המשפט הציבורי יש לשאוף לפשרה מוסדית ולאיוון אינטרסים ולהתגבר על הכרעות ערכיות באמצעות הקפדה על הליך.

(ה) משפט כענף של מדעי החברה והנחת האיפוק המוסדי

מרכז עניינה של אסכולת ההליך המשפטי אינו בביקורת על המשפט או בניסיון להפוך אותו לענף של מדעי החברה, כפי שחלקם של הריאליסטים ניסו לעשות.⁹⁸ להיפך, מרכז העניין של האקדמיה המשפטית בהרוורד בתקופה שלאחר המלחמה הוא להחזיר למשפט את חזות התבונה והשליטה, יחד עם ניסוחו של הקול המיוחד הפרגמטי האמריקאי שתבונה זו באה באמצעותו לידי ביטוי. לאור זאת, האופטימיות או הנאיביות המאפיינת את התקופה מציינת את המשפט כענף של מדעי החברה, אך רואה אותו כ"מדע יישומי" או כ"הנדסה

in particular cases. In general, if an issue was capable of a reasoned resolution, the judiciary had jurisdiction to decide the issue so long as the legislature had not already spoken. On the other hand, if an issue was not capable of 'reasoned elaboration' that is, if it involved mere 'preference' or 'sheer guesswork', then it was beyond the competence .of the judiciary and therefore outside the functional jurisdiction of the courts"

Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 63: "Law's rationality is informed by an organic 94 relationship among legal rules, social policies, and ethical principles"

Ibid, at p. 92: "A judge interpreting a statute must first identify the purpose of the statute, 95 what policy or principles it embodies, and then should reason toward the interpretation .most consistent with that policy or principle"

ראו: 96 Sebok, *supra* note 91, at p. 17 Describing the "flip" in their thinking about – Discretion: "They argued that law is a good thing precisely because (not in spite of) the fact that it is a mechanism for harnessing discretion: Discretion is a vehicle of good far more than evil; it is the only means by which the intelligence and good will of society .can be brought to bear directly upon the solution of hitherto unsolved problems"

97 להכנסת מודעות לשיקול-הדעת השיפוטי כמרכזי בתהליך השפיטה ראו אהרון ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 1. לתיאור השפעתה של תפיסת ההליך המשפטי על כתיבתו של השופט ברק ראו אהרון ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב, כרך ראשון); וכן לתיאור מפורט של גישת הפרשנות התכליתית במשפט, שורשיה באירופה ובארצות-הברית והשימושים בה בפסיקה ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו (תשס"ג) 737.

98 ראו לעיל הערות 37-50 והטקסט שלידן.

חברתית".⁹⁹ המשפט, כאוסף של היגדים תכליתיים, אמור לשמש קול של תבונה בקביעת הגבולות בין המוסדות החברתיים השונים כדי לאפשר תפקוד בהרמוניה וביעילות לקידום התועלת החברתית. עם זאת, העוקץ המרכזי של החשיבה הפרגמטית אינו תועלתנות פשוטה שהתפוקה הכוללת נמדדת בה באמצעות התאמת אמצעים למטרות, אלא העיקרון הוא שמירה והקפדה על הליך בלבד, ללא בדיקת התוצאות, מתוך שאיפה אל אופק לא-מוגדר והקפדה על העיקרון של "פשרה מוסדית".¹⁰⁰ המשפט צריך שיתאים עצמו לחברה הדינמית ויגשר על הפערים הנוצרים עם המציאות המשתנה.¹⁰¹

עורכת/ה הדין מתפקדת/ת בהקשר זה, על-פי תפיסתו של פולר, כ"ארכיטקט/ית" של הסדר החברתי¹⁰² וכ"פותרת/ת בעיות".¹⁰³ תפקידו/ה להבין את המערך המוסדי המורכב שהמשפט מתפקד בתוכו ולהמליץ ללקוח על ההליך האופטימלי ביותר לטיפול בבעייתו. בכך מטרימים הארט וזאקס את תפיסת עורכת/ת הדין חניכ/ת ה-ADR של זמננו, אשר תפקידה להתאים את הפורום לעניין במסגרת התמסדות של תהליכים חלופיים אל תוך מערכת המשפט.¹⁰⁴ גם הגדרתם של עורכי-הדין כ"פותרי בעיות", כפי שהוגדרו בפרגמטיזם של שנות החמישים, חוזרת כיום לקדמת הבמה, עם התגברות העניין במשא-ומתן ובעריכת-דין משתפת.¹⁰⁵

מעניין שתפיסתם של הארט וזאקס באשר לתפקיד המשפט ביחס לסדר החברתי משדרת

Henry Hart "Speech to the first year class 1948: How to go about the job of studying 99 law" *Harvard special collection* (Boston, 1948) 10–22: "Law is a part of the grand body of knowledge which deals with every aspect of man in society. Law, in other words, is a social science. But what distinguishes law from the other social sciences? For me a good short answer is that law is *applied* social science. Or, in a happier phrase of Dean Pound's, it is a social engineering. Both those answers are inexact, but no more so any short answer must be"

100 על המעגליות שבטעוין "הפשרה המוסדית" ועל הקשר שלו לפילוסופיה הפרגמטית, ראו: Sebok, *supra* note 91, at p.133; וכן: Alberstein, *supra* note 11, at p. 118.

101 לתיאור מקיף של תפקידו המרכזי של השופט כמגשר בין משפט ומציאות, יחד עם הגשמת ערכי הדמוקרטיה, ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (תשס"ד).

102 אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק השני, העוסק בלון פולר.

103 ראו: Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 187: "In carrying out his work as law-maker, the lawyer is at once the architect and the builder of human relationships. He draws on his legal learning for knowledge of the legal tools and materials he can use and their capacity to bear loads and withstand stressends"

104 אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק השלישי, העוסק ב-ADR, ב"התאמת הפורום לעניין" וכן בדיון המוסדי.

Robert H. Mnookin, Scott R. Peppet & Andrew S. Tulumello *Beyond Winning: 105 Negotiating to Create Value in Deals and Disputes* (Boston, 2000) 1; Susan Daicoff "The Role of Therapeutic Jurisprudence within the Comprehensive Law Movement" in David B. Wexler, Bruce J. Winick & Dennis Stolle *Practicing Therapeutic Jurisprudence* (Los Angeles, 2000) 1

צניעות ואיפוק. שיקול-הדעת המוענק לשופטים רחב אומנם, וכך נוצרת נוסחה לקבלת החלטות משפטית המאפשרת הכנסת שיקולי מדיניות והכרעות לגופו של עניין, אך אופן הפעלתו מאופק ומעניק קדימות-כבוד (deference) למוסדות אחרים מתוך הנחה שרק מילוי מדויק של הפונקציה החברתית המתאימה לכל מוסד יוביל לתפקוד הרמוני.¹⁰⁶ במסגרת הנחה זו צריכה להישמר הפרדה ברורה בין השוק, השפיטה, המנהל ומערכת החקיקה, ואל לה לרשות לפתור בעיות שאינן בתחומי מומחיותה המיוחדת. לכל מוסד תפקידים משלו וחוקים משלו, והוא מהווה "צורה של סדר חברתי" ממש כפי שתיאר פולר, אך תפקיד השפיטה הוא להיות קול של תבונה המנווט בין הרשויות ועוסק בתחזוק שוטף של הגבולות ביניהן.¹⁰⁷ הכשירות המיוחדת את השפיטה היא להכריע באותם מקרים הדורשים "פיתוח מנומק" (reasoned elaboration), ולא להכריע בבעיות שאינן מאפשרות הפעלת שיקול-דעת מסוג זה.

איפוק זה הוא הרקע לתפיסת הארט וואקס כמתנגדים לפסק-הדין בעניין Brown,¹⁰⁸ ומהווה חלק מהרקע לנתק הבינדורי עם תלמידיהם מבחינת התיאוריות של תורת-משפט, כולל התווית השמרנית שיוחסה להם על-ידי משפטנים אינטלקטואליים פרוגרסיביים. המבנה המשוכלל של המשפט כמערכת לקבלת החלטות ופתרון בעיות בעולם שקיימת בו הבחנה חדה בין פרטי וציבורי, מנהלי ושיפוטי, ערכי וניטרליים¹⁰⁹ אינו מקובל עוד משני קצות הקשת הפוליטית בעידן שלאחר שנות השישים, והדור הבא של משפטנים התפלג בין קבוצות שונות של "מורדים" בהליך המשפטי, אשר ביטאו גם עמדות שונות ביחס לתנועת ה-ADR אשר צומחת באותה תקופה.

106 ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק השני, העוסק בלון פולר.

107 ראו: Alberstein, *supra* note 11, at pp. 136–137: "The public-private knot of that time, that goes together with the location of negotiation and mediation at the exclusive private level, conveys a bottom layer of natural interactions where both the most private and the most public questions are settled in institutions that are not adjudicative. Adjudication occupies the place of reason which navigates and handles these parallel orderings, without intruding to their respective realms or to the 'substance' of their determinations. The belief that there is a way to 'describe' the basic forces in society in this natural way, and that there is a way to maintain the balance between them by using adjudication and its 'reason,' reinforces and at the same time establishes a very central role for 'the reason of law' as the ultimate engineering force of society"

.Alberstein, *ibid* 108

109 ראו: Wechsler, *supra* note 58. במאמרו זה, הנודע לשמצה (notorious) בקרב אינטלקטואלים פרוגרסיביים, הוא יצא נגד פסק-דין Brown בטענה שאינו תואם "עקרונות ניטרליים", שהם הראויים ביותר לשימוש בעת הפעלת ההליך המשפטי.

פרק ג: הדור שאחרי ההליך המשפטי: פרגמטיסטים משמאל, מימין וממרכז והיחס לגישור

1. הדור שאחרי: כללי

תמונת-העולם ההרמונית של שנות החמישים משתנה ומחליפה את מקומה, יחד עם התעוררות התנועה האמריקאית לזכויות האדם בשנות השישים, מלחמת וייטנם וצמיחתו של דור חדש וביקורתי בשדה המשפט המורד בתפיסת ההליך המשפטי בדרכים שונות. שנות השישים מביאות עמן צמיחה מספרית של סטודנטים בתי-ספר למשפטים, שינוי בהרכבם ושינוי אופיו של החינוך המשפטי לכיוונים תיאורטיים ובינתחומיים יותר. במסגרת תהליכים אלה נסוגים רעיונות הפשרה המוסדית, ההרמוניה והמחשבה הקולקטיבית, כמו גם הנחת המשפט המתחיל מלמטה בחברה הומוגנית. במקומם מתעצבת במרכז המפה הפוליטית תפיסה של משפט המתערב בשוק באופן תכוף, מגן על זכויות, מנהיג ומחנך את החברה. המשפט עוסק, בהתאם לגישה זו, בחלוקה מחדש ובתכנון "מלמעלה", ומרכז עניינו בפתרון בעיות או ביישוב סכסוכים במובן הצר והפרטי של הביטוי. בניגוד לשנות החמישים, שתורת המשפט של ההליך המשפטי מבטאת בהן את התפיסה האקדמית הרשמית ומתיימרת לייצג את הקולקטיב כולו, שנות השישים והשבעים מאופיינות בפיצול האקדמיה לתת-דיסציפלינות ואסכולות המחזיקות בעמדות מנוגדות ומפוצלות ביחס למשפט ומתחלקות גם על-פי נטיות פוליטיות.

2. מרכז: דבורקין ומסע האינטגרטי, פיס והקריאה נגד פשרה

במרכז המפה הפוליטית, בורם המרכזי המתגבש בעולם המחשבה המשפטית האמריקאית בשנות השבעים והשמונים, מצויים אנשי "המשפט הציבורי" (The new public law movement).¹¹⁰ קבוצה זו ממשיכה את אסכולת "המשפט הציבורי" בנסיונה לספק תמונה כוללת של המשפט, שתשמר את מקומו כהליך פורמלי, אובייקטיבי, משוחרר מפוליטיקה ומהעדפות אישיות. בניגוד לנסיונות משמאל לערער על יומרת המשפט לאובייקטיביות וההצבעה על אופיו הכוחני, ובניגוד למאמצים מימין להחליף את כללי המשפט באובייקטיביות חדשה השאובה ממדע הכלכלה, אנשי המשפט הציבורי דבקים בשפה המשפטית ומדגישים את ההבטחה שבשימוש בה. עם זאת, כל עיקרי תורתם, כולל הנחות-המוצא, תורת ההכרה, תפיסתם המוסדית ותיאור קבלת ההחלטות המשפטיות על-ידיהם, הפוכים ומנוגדים לתפיסת ההליך המשפטי, ונראה אף שהם מתגבשים מתוך התנגדות (resistance) אליה.

William N. Eskridge Jr. & Gary Peller "The New Public Law Movement: Moderation 110 as a Postmodern Cultural Form" 89 *Mich. L. Rev.* (1990) 707

תפיסת המשפט הציבורי מערערת את זו של ההליך המשפטי בכך שהיא מניחה כי העדפות פוליטיות אינן חיצוניות למשפט, ועל-כן אין המשפט יכול להתמקד ב"עקרונות ניטרליים" או "פיתוח מנומק"; המשפט הינו נורמטיבי, ולא רק פותר בעיות, ועל-כן הוא חייב להישען על צדק מהותי ונכונות פרוצדורלית; המשפט הוא תבונה מעשית המנסה ליישב נורמות מתנגשות של קהילות שונות.¹¹¹ מעבר לכך, תפיסת העולם המשותפת לחברי תנועה זו הינה פרשנית, ומסמנת מפנה מהנטורליזם והפוזיטיביזם של תפיסת ההליך המשפטי, אשר הניחה מציאות מעשית, הקוראת לפתרון בעיות ומנוהלת ומתחזקת על-ידי מוסדות המשפט השונים בתהליך של פתרון בעיות. "המפנה הפרשני",¹¹² המאפיין את דור המשפטנים שאחרי שנות השישים, מושפע מביקורת התבונה, ערעור האמונה במדע, ומתבטא בראיית המציאות המשפטית ככזו המתרחשת בעולם של טקסטים. כך, למשל, השופט המיתולוגי של דבורקין (Dworkin) – הרקולס – אחד המובהקים שבמייצגי המרכז הערכי, משוטט בעולם שכולו טקסטים וכותב פרק משלו במסגרת סיפור בהמשכים הנכתב בקרב קהילה משפטית.¹¹³ הוא אינו פורמליסט או מאמין בקיומן של מוסכמות חברתיות המגדירות באופן מלא את הנורמות המשפטיות. מצד אחר, אין הוא פרגמטיסט במובן ההליך המשפטי המאמין בפתרון בעיות מעשי תוך התבוננות קדימה.¹¹⁴ במקום זאת הוא מאמין שניתן להתגבר על הדיכוטומיה בין התבוננות קדימה (פרגמטיזם) ואחורה (פורמליזם) באמצעות אימוצה של שיטת הפרשנות של "משפט כשלמות" ("law as integrity"), המתבוננת קדימה ואחורה גם יחד. ההתבוננות אחורה היא החיפוש אחר קוהרנטיות בטקסט המשפטי תוך ניסיון להציגו באור הטוב ביותר. ההתבוננות קדימה היא כתיבת "פרק חדש" על-ידי השופט/ת ושימוש בעקרון הצדק (justice), נוסף על עקרון ההתאמה (fit). למעשה, במעין מחווה פרגמטית המנסה להתעלות מעבר להבחנות ולבחור בהליך ובניסיון, דבורקין מנסח תורת-משפט מלאה בהכרעות ערכיות המדגישה זכויות ושיקול-דעת. המשפט הוא היגד פרשני, לפי דבורקין, ועל-כן אין הוא נמצא או מומצא, אלא הוא תוצר של מפגש בין פרשן לבין טקסט תוך שמירה על הליך מוקפד. על-אף הדחייה המוצהרת של הפרגמטיזם כתיאוריה פרשנית על-ידי דבורקין, והנחתו שהיא שמה דגש-יתר בעתיד תוך התעלמות

Ibid 111

Michael S. Moore "The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?" 41 *112 Stan. L. Rev.* (1989) 871

Ronald Dworkin "How Law is Like Literature," in *A Matter of Principle* (Boston, 1985) 113 .1

Ronald Dworkin *Law's Empire* (Boston, 1986) 225: "Law as integrity denies that 114 statements of law are either the background-looking factual reports of conventionalism or the forward-looking instrumental programs of legal pragmatism. It insists that legal claims are interpretive judgments and therefore combine backward-and forward-looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative. So law as integrity rejects as unhelpful the ancient question whether judges find or invent law; we understand legal reasoning, it suggests, only by seeing the sense in which they do both and neither"

מהנורמות המשפטיות, הוא מפגין למעשה רגישויות פרגמטיות בכך שהוא קורא ללכת אל מעבר לדיכוטומיות, להתמקד בהליך, ולא בתוצאה, לעשות את "העבודה הרצינית" של הדברים הקטנים. הפרגמטיות על-פיו מתקיים אומנם בעולם פרשני, ולא פוזיטיביסטי או נטורליסטי כשל ההליך המשפטי וקודמיו הריאליסטים (אשר הוא מכנה אותם "נומינליסטים" (מתמקדים במילים, ולא בתופעות) ומבקר את תורתם), אך הוא מקיים ללא ספק "קרבה משפחתית"¹¹⁵ לכל אחיו ומולידיו. במונחים של האב הרעיוני של הפרגמטיות של המשפט, דבורקין מעניק מובן חדש למונח "חיי של החוק", ומחזק את הדימוי ההולמסיאני של המשפט כעולם לגור בו. בעולם המשפט של דבורקין מצויים גם עקרונות מוסריים ועיקרי מדיניות שהמשפטן אמור להתלבט ביניהם.

תפיסה דומה, של מפגש בין פרשן לטקסט מופיעה אצל נציג בולט אחר של התקופה – אוון פיס (Owen Fiss) – המגדיר את השפיטה במפורש כ"פרשנות בדבר הערכים החוקתיים שלנו".¹¹⁶ אצל פיס, הפרגמטיות נעלם משלב ההכרעה השיפוטית, ומופיע בכתיבתו רק בשלב היישום והשיקולים של "משפט בפועל" מבחינת האופן של הענקת הסעד.¹¹⁷ פיס מניח, בדומה לרבים מאנשי דורו, כי שופט/ת היא/הוא שותף/ה בכיר/ה למחוקק/ת, וכי יחד עמו/ה עליו/ה להורות את החוק ולהוביל את החברה קדימה תוך קיום דיון ערכי. מכאן ברור כי הפשרה וההתבדלות המוסדית אינן עוד אידיאל של מערכת המשפט בתקופתו. מעבר לכך, האופן בו פיס רואה כל סכסוך כציבורי במהותו, וכקורא לליבון ערכים חוקתיים ולטרנספורמציה, הופך את יישוב הסכסוכים במובנם הפרטי לעסק שולי ולא-מעניין של המשפט. ואכן, פיס שולל את היות המשפט כלי ליישוב סכסוכים, קורא להפסיק לעודד פשרות וידוע כאחד המתנגדים הנמרצים של תנועת ה-ADR.¹¹⁸ קריאתו "נגד פשרה" מציגה את הרעיון הגישורי כניסיון להפרטת הצדק ולהתייחסות אל המשפט כאל מיישב סכסוכי שכנים במקום לנהל דיון ערכי.¹¹⁹ רעיון הפשרה וההרמוניה אינו מתאים למערכת שתפקידה ליבון ערכי ופוליטיזציה של סכסוכים פרטיים.

תמונת-העולם של אנשי המשפט הציבורי היא אם-כן של משפט המתחיל מלמעלה, המחלק מחדש והמערער על ההבחנה בין פרטי וציבורי, ואף לציבורי בעיקרו. סכסוכים צריכים להגיע לפתרון, על-פי גישה זו, לא כאירועים פרטיים הקשורים לאינטרסים, לרגשות או ליחסים אישיים, אלא כאירועים פוליטיים שבהם אנשים המבטאים ערכים חברתיים מאפשרים דיון שיקדם את החברה ויאפשר חינוך של הפרטים בה. פסק הדין בעניין Brown¹²⁰ והפסיקה הפרוגרסיבית של בית-המשפט העליון באותה תקופה מהווים

115 המונח "קרבה משפחתית" שאוב מלודוויג ויטגנשטיין, המדבר על משחקי-לשון החולקים ביניהם מאפיינים דומים. ראו לודוויג ויטגנשטיין חקירות פילוסופיות (תשנ"ד) 95.

Owen M. Fiss "Objectivity and Interpretation" 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 739 116

Ibid., *ibid* 117

118 אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק הרביעי, העוסק בהתנגדות ל-ADR.

Owen M. Fiss "Against Settlement" 93 *Yale L.J.* (1984) 1073 119

Alberstain, *supra* note 11, at p. 492: "In approaching this problem, we cannot turn 120 the clock back to 1868 when the Amendment was adopted. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life

השראה לחשיבה מסוג זה ולאמונה כי טמונה במהלכים כאלה הבטחה חברתית ואפשרות אמיתית לשינוי חברתי המוכתב מלמעלה.¹²¹ התפתחויות מאוחרות יותר ושינויים בהלך-הרוח התרבותי והאינטלקטואלי מוכיחים, למצער, כי היעדר הפנמה של החוק המוכתב מלמעלה מנע הפנמה מלאה של הרפורמה, שכה הרשימה את אנשי המשפט הציבורי והובילה במקרים רבים, באופן מעניין, אף להרעה של המצב.¹²² המשפט, כמנגנון סמכותי המטיל את הכרעותיו מלמעלה, מתעלם מהאופן שבו, כדברי הארט וזאקס לעיל,¹²³ ההכרעות הפרטיות והתייחסויות-הגומלין הבינאישיות ממשיכות להגיב ולהציף אותו מלמטה. לעיתים, דווקא נסיונותיו לעודד כיוון פעולה חברתי מסוים עשויים לפעול בכיוון ההפוך ולמנוע את הפרטים מלקבל אחריות ולשנות את המצב החברתי בעצמם. בשנות השבעים, בעת עלייתה של תנועת ה-ADR, נראתה הכוונה זו מלמעלה מבטיחה לאינטלקטואלים פרוגרסיביים במשפט. במפנה המאה העשרים ואחת, לאחר תקופה אינטנסיבית של קידום משטר של זכויות, רעיון ההסכמה והעבודה מלמטה חוזר לקדמת הבמה של האידיאלים החברתיים, אם כי במתכונת שונה מזו שטבעו הארט וזאקס.¹²⁴

3. שמאל: רוברטו אונגר, דנקן קנדי ותנועה ביקורתית פרגמטית

בשנות השבעים מצויים, משמאל לאנשי המשפט הציבורי, אנשי התנועה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies – CLS), החולקים במידת-מה אותה תפיסת-עולם

throughout the Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the law" בפועל, בית-המשפט העליון האמריקאי הכיר בחשיבות החינוך, ועל-כן פסק נגד דוקטרינת ה"נפרד אך שווה", "We conclude that in the field of public education the doctrine of 'separate but equal' has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the law guaranteed by the Fourteenth Amendment"

121 ראו למשל: Morton J. Horowitz *The Warren Court and the Pursuit of Justice* (New York, 1998).

122 ראו, למשל: Gerald N. Rosenberg *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (Chicago, 1991).

123 לעיל הערות 69-71 והסקסט שלידין.

124 ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק אחד-עשר. לתיאור התפתחויות בסוציולוגיה המבטאות חזרה לתיאוריות של קונסנזוס במפנה המאה ראו ג'וליה רסניק ומיכל פרנקל "מסוציולוגיה ביקורתית לסוציולוגיה של הביקורת: הסוציולוגיה הפרגמטיסטית של לוק בולטנסקי" תיאוריה וביקורת 17 (תשס"א) 101. המחברות מתארות מעבר "מסוציולוגיה של קונפליקט לסוציולוגיה של הסכמה" במסגרת ההיסטוריה האינטלקטואלית של הסוציולוגיה הצרפתית, אשר נעה כמטוטלת בין שני הקטבים.

פרשנית ופרוגרסיבית, אך מבטאים גוון ניאור-מרקסיסטי.¹²⁵ שניים מהנחשבים למנהיגי התנועה – דנקן קנדי (Duncan Kennedy) ורוברטו אונגר (Roberto Unger) – לומדים אצל הארט וזאקס, ומפתחים את גישתם מתוך התנגדות (resistance) לעיקריה.¹²⁶ אף הם, בדומה לאנשי המשפט הציבורי, מבקרים את תפיסת השוק האופטימית של הארט וזאקס, ורואים בה רציונליזם אוטופי,¹²⁷ נוסחה מנותקת מתרבות והפרזה ניכרת בהערכת הכשירות המקצועית של המוסדות המשפטיים השונים.

להבדיל מאנשי המשפט הציבורי, אין אנשי ה-CLS מקדשים את השפה המשפטית. להיפך, הם מדגישים את היותה חיפוי לניצול החברתי ואת הלגיטימציה והאכיפה מחדש שהיא מעניקה לו.¹²⁸ הם ביקורתיים ללא ניסיון להציע פתרון בונה, רדיקלים ושמאלנים, ובכך הם ממשיכים את דרכם של הריאליסטים ואף נחשבים לצאצאיהם. יחסם ל"מצב הטבעי" או להתחלה של המשפט הפוכה מזו של הארט וזאקס, הרואים תלות הדדית, אופטימיות ועוגה קבועה. אנשי התנועה הביקורתית מניחים, ממש כפי שרמזו הארט וזאקס, כי "יש אנשים הטוענים שהעוגה קבועה",¹²⁹ כי בכסיס הסדר החברתי מצויים יחסי כוח, ועל-כן הנחת התלות ההדדית והאמונה בשוק הפרטי אינם אלא אידיאולוגיות ומבני-על המכוונים להציג מצב של ניצול שרירותי כאוניורסלי וצודק. מכאן ברור כי רעיון היעילות שבגישור, ההסכמה מדעת וההאדרה של מוסד החוזה והמפגש הפרטי ייחשבו בעיניהם של אנשי CLS לרגרסיביים ומסוכנים מאחר שהם אוכפים מחדש "תודעה כוזבת" בדבר בחירה ושוויון. המשפט אינו מצטיין בהגנה על חלשים, יטענו אנשי CLS, ולעיתים הוא משלם מס-שפתיים או מצמצם את החרכים שהוא פותח על-מנת להצדיק את המשך הדיכוי. עם זאת, צד שנשללה זכותו במשפט מודע לכך, וקיימת פרוצדורה פורמלית המכוונת להגן על חלשים, וכן קיימת שקיפות של ההחלטות ומשמעותן. בגישור, לעומת זאת, לא רק שיתקיים ניצול במצב של פערי כוח, אלא הקורבן אף יסכים לפגיעה ויקבלה

125 ניאור-מרקסיזם הוא גישה סוציולוגית פילוסופית שהתפתחה מתוך המרקסיזם בחצי השני של המאה העשרים, ועיקרה קבלת הניתוח החברתי המרקסיסטי תוך ניסוח מחדש של חלק מעקרונותיו, בעיקר באמצעות שינוי של תפיסת הייצור והחלפתו במושג הכוח והתמקדות במדינות לא-מערביות.

126 ראו: Hart & Sacks, *supra* note 55, at p. 120: "...Duncan Kennedy argued that this theory of adjudication is incoherent..." באשר ל-Unger נאמר שם, בעמ' 121: "In an essay submitted to Sacks after taking his legal process course, Roberto Unger questioned the materials' insistence that law is best understood through a method similar to that deployed by the social sciences. Instead, He argued, law is more closely related to the arts and humanities"

127 Duncan Kennedy *Utopian Rationalism in American Legal Thought* (Cambridge, 1970)

128 ראו גם: Robert Gordon "Law and Ideology" in *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (London, Charlie Hampstead ed., 1994) 950–959.

129 ראו לעיל הערות 60–63 והטקסט שלידן.

בשביעות-רצון.¹³⁰ מכאן שמשמאל וממרכז גם יחד, האקדמיה של שנות השבעים והשמונים מתנגדת לגישור ורואה אותו כמחזיר הבחנות ישנות ובלתי-תקפות בין פרטי וציבורי. (זו למעשה התנגדות לפרגמטיזם המשפטי של שנות החמישים). המשפט צריך לקדם סכסוכים בלתי-פוסקים בין המוסדות החברתיים ולדמיינם מחדש בכל פעם, כפי שרוברטו אונגר מציע בתארו את "הדמוקרטיה המועצמת" שלו. במקום פשרה מוסדית, דמיון וניידות צריכים להיחשב לאידיאל משפטי. בהתאם לכך, על המשפט לחתור לשימור תזוית מוסדית ומבנית בלתי-פוסקת.¹³¹ המטרה אינה לפתור סכסוכים או להניח שהם מבטאים בעיה פרטית הדורשת פתרון הרמוני. להיפך, רוב הסכסוכים חבויים ומוסתרים במסגרתה של שגרת השכחה של היומיום, ויש לעורר אנשים לבקר ולדמיין מחדש את המוסדות והמבנים החברתיים שבהם הם חיים.¹³² המושג "דמיון מוסדי" מחליף בהקשר זה את המושג "פשרה מוסדית" של שנות החמישים.

מעניין להבחין בהקשר זה בין סגנונות הפרגמטיזם המאפיינים את מי שנחשבים לשני המנהיגים של תנועת ה-CLS, קנדי (Kennedy) ואונגר (Unger). הם חוזרים במידה רבה להתפצלות הראשונית במועדון המטפיזי בין שני סגנונות הפרגמטיזם: קנדי מפורסם בעיקר בכתיבתו על המשפט הפרטי ובהתעמקותו בגוף החוק, תוך איתור סתירות ועמימות, ברוח הקריאה ההולמסיאנית. הוא חושף "סתירה בסיסית" במשפט הפרטי בין משיכה לכללים לבין משיכה לסטנדרטים, ובהתאמה בין אינדיווידואליזם לקולקטיביזם.¹³³ הוא עוסק בסמיוטיקה (ניתוח על-פי תורת-הסימנים) של הטיעון המשפטי, ומנסה למפות את רכיביו.¹³⁴ הוא מפתח את הפן האקדמי התורת-משפטי של ה-CLS, תוך שימת דגש בביקורת פנימית, שמירה על רגישויות פרגמטיות בסיסיות של היצמדות לניסיון במטרה להבין את ההכרעה השיפוטית, וכן תוך דחיית המטפיזיקה האירופית.¹³⁵ מכיוון אחר, אונגר נמשך לספק תיאוריה כוללת פרגמטית, כזו המזכירה יותר את

130 ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק הרביעי, העוסק בהתנגדות לגישור בכלל והחלק העוסק בביקורת הפמיניסטית הרדיקלית בפרט.

Roberto M. Unger *Passion: An Essay on Personality* (New York, 1984); Roberto M. Unger *The Critical Legal Studies Movement* (Cambridge, 1986); Roberto M. Unger *What Should Legal Analysis Become?* (New York, 1996); Roberto M. Unger *Politics: The Central Text* (New York, 1997); Roberto M. Unger *Democracy Realized: The Progressive Alternative* (New York, 1998).

132 ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק הרביעי, העוסק בהתנגדות לגישור, הדיון בעניין naming, blaming, claming.

Duncan Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* 133 (1976) 1685.

.Duncan Kennedy "A Semiotics of Legal Argument" 42 *Syracuse L. Rev.* (1991) 75 134
Peter Goodrich "Duncan Kennedy as I"; וכן; Alberstein, *supra* note 11, at pp. 91-99 ראו: 135
Imagine Him: The Man, the Work, His Scholarship, and the Polity" 22 *Cardozo L. Rev.* (2001) 971.

הפרגמטיזם של גיימס ודיואי. אומנם, תחילה הוא פועל מתוך המשפט, ומציע "דוקטרינה חתרנית" (deviationist doctrine) וכן מערכת זכויות מסועפת, הכוללת זכויות ערעור מחדש, שיבחנו בכל פעם את המוסדות החברתיים ואת החלוקה בין פרטי לציבורי. עם זאת, מרכז עניינו הוא בפיתוח תגובה על ביקורת הליברליזם, תוך גיבוש תפיסה שהוא קורא לה "סופר-ליברליזם", המניחה משטר זכויות החורג ממערכת הזכויות הליברליות המוכרות כיום.¹³⁶ שיטתו מבטאת למעשה ניאופרגמטיזם, שכן היא מניחה את ההתנסות וההליך כקודמים לכל מהות.¹³⁷ בסוף המאה העשרים אונגר אף מפרסם מניפסט פוליטי, ומודיע כי הוא נואש מהתקווה שמוסדות המשפט יתרמו לקדמה שאליה חתר.¹³⁸ ההתקדמות דרך "דוקטרינה חתרנית" וביקורת פנימית במונחיו של קנדי הינה איטית מדי מבחינתו.

4. ימין: ריצ'רד פוזנר והחזרה אל תחתית הפירמידה של הארט וזאקס

לכסוף, מימין למפה הפוליטית מצויים התומכים והממשיכים של תפיסת-העולם של הארט וזאקס, המקדשת את השוק ומתייחסת לאינדיווידואל כאל אמת-מידה לכל הדברים. "התיאוריה הכלכלית של המשפט" (Economic analysis of law) או "משפט וכלכלה" מקבלת בעיקרון את קדימותו של השוק ואת הצורך לתת לחברה לצמוח מלמטה,¹³⁹ אם כי אין היא מניחה שיעיל להניח לשוק לתפקד באופן ספונטני ולעודד "הסדרה פרטית" (private ordering) באופן בלתי-מפוקח. במקום זה, התורה הכלכלית עוסקת בפיתוחם של כללים שייצרו חיקוי של השוק ויחזירו לו את יעילותו במצבים שעלויות עסקה קיימות בהם.

היחס לשפה המשפטית מבחין את גישת משפט וכלכלה מתפיסת המשפט הציבורי, שכן אין היא רואה אותה כבעלת משמעות פנימית. ביטויים כגון "פיתוח מנומק", "פשרה מוסדית" או "פתרון בעיות" אינם שיטתיים או ברורים דיים לפי פוזנר, אבי התנועה,

Erenst Weinrib "Enduring passion" 94 *Yale L. J.* (1985) 1825; Bernard Yack "Toward 136 a Free Marketplace of Social Institutions: Roberto Unger's 'Super-Liberal' Theory of Emancipation" 101 *Harv. L. Rev.* (1988) 1961

Alberstein, *supra* note 11, at pp. 226–248. ראו: 137

Roberto M. Unger & Cornel West *The Future of American Progressivism* (Boston, 138 10 (1998).

Richard 139 להצגת זרם משפט וכלכלה ולתיאור טענותיו המרכזיות והזרמים השונים שבו, ראו: Richard Posner *Economic Analysis of the Law* (Oxford, 1998); Richard Posner "The Economic Approach to Law" 53 *Tex. L. Rev.* (1975) 757; Richard Posner *The Economic Structure of the Law* (New York, Francesco Parisi ed., 2001); Nicholas Mercuro & Steven G. Medema *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism* (New Jersey, 1997). וכן עלי ולצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261, 273.

ובמקום לפנות למיסטיקה של השפה הפנימית, יש להיעזר בידע מתוך הכלכלה ומדעי החברה.¹⁴⁰

ביחס להתפתחות הרעיון הפרגמטי, פוזנר שולל את הצגת תנועתו כתגובה מושגית על המרד הריאליסטי ואת החשבתה כפורמליזם חדש המתבסס על מושגיות כלכלית.¹⁴¹ במקום זאת הוא קורא לראות בתורתו את הפרגמטיזם במיטבו, המתבטא בתיאוריה "תכליתית, עשירה במדיניות, לא-לגליסטית, נטורליסטית, ספקנית, אך לא צינית."¹⁴² עיון במשנתו מראה כי "המפנה הפרשני" שעברה האקדמיה המשפטית ממרכז ומשמאל לא התרחש בעולם-התוכן שהוא מייצג. למעשה, הוא משתלב עם הפרגמטיזם של דיואי וגיימס ועם תפיסת ההכרה (אפיסטמולוגיה) של אסכולת ההליך המשפטי.

במפנה המאה העשרים ואחת, הפרויקט הפרגמטי, לפי פוזנר, הוא קידום המשפט כמדע אובייקטיבי וניסויי המכוון כלפי העתיד ודוחה כל דוגמה מטפיזית. בכך הוא מזכיר את אחד מרעיונותיו של הריאליזם המשפטי בין שתי מלחמת-העולם.¹⁴³ המשפט, לפי פוזנר, צריך להיעזר בידע אובייקטיבי חיצוני, כגון פסיכולוגיה, ביולוגיה אבולוציונית וסטטיסטיקה, נוסף לכלכלה,¹⁴⁴ ובכך לקדם את מעמדו כפרופסיה אמיתית. עלינו להבין כי החוק הוא רק שלב מעבר, אומר פוזנר, בהתפתחות של שליטה חברתית.¹⁴⁵

מגישה זו משתמעת תמיכה אפשרית בגישור ובהליכים חלופיים ליישוב סכסוכים

Richard Posner *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, 1990) 28: "The brand 140 of pragmatism that I like emphasizes the scientific virtues (open-minded, no-nonsense inquiry), elevates the process of inquiry over the results of inquiry, prefers ferment to stasis, dislikes distinctions that make no practical difference – in other words, dislikes 'metaphysics' – is doubtful of finding 'objective truth' in any area of inquiry, is uninterested in creating an adequate philosophical foundation for its thought and action, likes experimentation, likes to kick sacred cows, and – within the bounds of prudence – prefers shaping the future to maintaining continuity with the path. Si I am speaking with an attitude rather than a dogma; an attitude whose 'common denominator' is a 'future oriented instrumentalism that tries to deploy thought as a weapon to enable more effective action.' Most of this book is concerned with attacking the dogmas and letting pragmatism emerge as the natural alternative"

.Richard Posner *Overcoming Law* (Cambridge, 1995) 2–3 141

.Posner, *supra* note 140, at p. 26 142

143 ראו לעיל פרק ג, חלק 3.

Richard A. Posner *The Problematics of Moral and Legal Theory* (Cambridge, 1999) 144
210–212.

Ibid, at pp. 206–207: "The hope for law to become a genuine profession, in the 145 sense in which the developments in other occupations are teaching us to understand professionalism, lies in what I like to call, with deliberate provocation, 'overcoming law' or, alternatively, the 'suppression thesis'. The thesis is that what we understand as the law is merely a transitional phase in the evolution of social control. Holmes hinted .at this at his essay 'The path of the Law'"

כדרכים לקידום יעילות בהקשר הפרטי ולהימנעות מהיצמדות בלתי-רציונלית להליך המשפטי. תפיסת-העולם הדומיננטית של שיח יישוב הסכסוכים ושל הניתוח הכלכלי זהה בעיקרה. אנשי משפט וכלכלה ממוקדים עם זאת ברובד הכללים הפורמליים, תוך בדיקת יכולתם לחקות את השוק ולקדם יעילות כוללת. אין הם מעוניינים באינטרסים אישיים, ברגשות או בכל היבט פרטי אחר של הסכסוך.¹⁴⁶ פוזנר וממשיכיו מייצגים בהקשר זה עיסוק מושגי חדש ומנותק מעולם המעשה של המשפט בפועל, תוך התמקדות בעקרונות הכלכלה, ובכך הם מתרחקים מהרעיון הפרגמטי במשפט וכן מהסכסוך הקונקרטי, על מאפייניו האישיים, כפי שהוא מטופל בגישור.

פרק ד: יישוב סכסוכים וגישור בנוסח של פתרון בעיות – הפרגמטיזם של החלופות למשפט

1. משא-ומתן בצל החוק והחזרה להארט וזאקס

בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים מתפתח בתחום המשפט עיסוק מעשי נרחב ביישוב סכסוכים בדרכים חלופיות, ונוצר עניין גובר בהקלה של בעיית העומס בבתי-המשפט, תוך שיפור "האדמיניסטרציה של הצדק"¹⁴⁷ באמצעות שימוש במגוון של הליכים.¹⁴⁸ תנועת ה-ADR (Alternative Dispute Resolution) בארצות-הברית נחשבת למפיצה של מגמות אלה, ותוך עשורים מספר הובילה פעילותה לטרנספורמציה של מערכת המשפט, תוך התמסדות של ריבוי הליכים (Appropriate Dispute Resolution) כשירות בסיסי הניתן לאזרחים במסגרת מערכת המשפט.¹⁴⁹ מכל ההליכים של יישוב סכסוכים, גישור הוא

146 ראו: William M. Landes & Richard A. Posner "Adjudication as a Private Good" 8 J. *Legal Stud.* (1978) 235

147 הביטוי לקוח מתוך הכותרת לוועידה הנחשבת למייסדת של תנועת ה-ADR – ועידת Pound ועידה זו, שכונסה בשנת 1976 ונקראה על-שמו של Roscoe Pound, הדיקן של בית-הספר למשפטים של הרוורד בראשית המאה, אשר כינס ועידה דומה בשנת 1906, ניסתה למצוא דרכים להקל על "התפוצצות בתי-המשפט" ולייעל את דרכי הטיפול בתביעות משפטיות. ראו: Roscoe Pound "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice" 35 *F.R.D.* (1906) 241; Leo A. Levin & Russell R. Wheeler *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future* (Saint Paul, 1976) 1 עלייתה של תנועת ה-ADR והקשר שלה לבהלת העומס ראו אלברשטין, לעיל הערה 35.

148 Frank E. A. Sander "Varieties of Dispute Processing" 70 *F.R.D.* (1976) 79, 111
149 על המעבר מ-Alternative Dispute Resolution ל-Appropriate Dispute Resolution, ראו: Carrie Menkel-Meadow "Access to Justice: The Social Responsibility of Lawyers: When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public

החלופה המובהקת לשפיטה, והוא ביטוי לרגולציה מלאה וחיובית של המשא-מתן, המהווה את ההקשר הרחב ביותר של הדרכים השונות ליישוב סכסוכים.¹⁵⁰ גישור הוא הליך של סכסוך בין שני צדדים או יותר, שבו צד שלישי, המכונה "מגשר/ת מתערב/ת", מסייע/ת להם להגיע להסכמה. תהליך הגישור כולל פירוק של שיח העמדות הקוטבי שהצדדים לסכסוך מצויים בו, תוך ניסוח מחודש של הסכסוך והבעיה שביסודו וחיפוש פתרונות יצירתיים. לצד היותו של הגישור המודרני הליך מעשי הנלמד ומוקנה לעוסקים ביישוב סכסוכים בשטח, הוא מבטא גם תפיסות מחשבתיות הקשורות לתרבות האמריקאית שבתוכה התפתח. מעניין לראות שבתחום הפרקטיקה של יישוב סכסוכים אין מתרחש אותו מרד מתפצל של הדור שאחרי "ההליך המשפטי", כפי שתואר לעיל.¹⁵¹ התיאוריה המתגבשת בתחום הגישור אינה "מתנגדת" ל"הליך המשפטי", אלא מתפתחת דווקא על בסיס אותן הנחות ותפיסות-עולם. בשנת 1979 מפרסמים מנוקין וקורנהאוזר (Mnookin & Kornhauser) את מאמרם המפורסם "משא-ומתן בצל החוק: המקרה של גירושין", ובו, תוך הסתמכות מפורשת על הארט וזאקס, הם קוראים לראות את חוק הגירושין לא כמטיל סדר מלמעלה, אלא כמספק מעין תבנית או רשת של חוקים שזוגות קובעים לעצמם במסגרתו, בתהליך של מיקוח ומשא-ומתן, את החוק הפרטי שלהם.¹⁵² המושג של חקיקה פרטית ("private ordering") חוזר לקדמת הבמה בשיח המשא-ומתן המשפטי, כותרת המאמר נעשית מטבע-לשון, ואף אלברט זאקס עצמו מייחס את הקמת ה-ADR להשפעתם של חומרי "ההליך המשפטי".¹⁵³ עם זאת, מעבר לכך אין לתפיסת המוסדות החברתיים של שנות החמישים אחיזה רחבה במסגרת המחשבה התיאורטית המשפטית, והספֶרה הציבורית של שנות השבעים והשמונים צבועה בצבעים שונים ומאופיינת בנתק הכרתי מתפיסות-העולם של שנות החמישים.¹⁵⁴

Wayne D. "Interest Lawyering" 10 *Wash. U. J. of L. & Policy* (2002) 37, 42–43
 .Brazil "Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way?" 18 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2002) 93; Dorothy J. Della Noce "Mediation Theory and Policy: The Legacy of The Pound Conference" 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* (2002) 545
 150 לתיאור מרכזיותו של הגישור כשקול ליישוב סכסוכים וככלי המרכזי של תחום זה, ראו: Bertrand Mayer *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide* (New York, 2000) 189
 151 ראו לעיל חלק 5.

Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 *Yale L. J.* (1979) 950: "We see the primary function of contemporary divorce law not as imposing order from above, but rather as providing a framework within which divorcing couples can themselves determine their post dissolution rights and responsibilities. This process by which parties to a marriage are empowered to create their own legally enforceable commitments is a form of 'private ordering'"
 Albert M. Sacks "Legal Education and the Changing Role of Lawyers in Dispute Resolution" 34 *J. Legal. Educ.* (1984) 237

154 להרחבה בנושא של נתק זה ולתיאור התפתחותה של תנועת ה-ADR כמעין חזרה "תת-הכרתית"

אחד מציוני-הדרך המרכזיים במסגרת תחום העיון האקדמי (הדיסציפלינה) המתפתח של יישוב סכסוכים הוא יציאתו-לאור של רב-המכר של רוג'ר פישר (Roger Fisher) וויליאם יורי "Getting to Yes" (William Ury), או בעברית: "סיכום חיובי",¹⁵⁵ אין מדובר בספר "אקדמי" במובן המקובל, אלא הוא מציע הדרכה במתכונת "עשה/י זאת בעצמך" הפורשת עצות מעשיות לנושא/ת-ונותנ/ת בסגנון קליט ופשוט. זה המודל הפרגמטי של גישור. הספר מציע "לשאת-ולתת מבלי לוותר",¹⁵⁶ והוא פותח בניסיון להתעלות על הדיכוטומיה המוכרת של ניהול משא-ומתן רך או נוקשה. במשא-ומתן רך המשתתפים הם ידידים; היעד הוא הסכם; נעשים ויתורים כדי לפתח את מערכת היחסים; ניתן אמון בזולת; העמדות משתנות בנקל,¹⁵⁷ ועוד שאר מאפיינים "נשיים" של חולשה וויתור. במשא-ומתן נוקשה, לעומת זאת, המשתתפים הם יריבים; היעד הוא ניצחון; ויתורים נתבעים כדי לקיים את מערכת היחסים; לא ניתן אמון בזולת; ויש התחפרות בעמדות.¹⁵⁸ זה הסגנון שאנו חושבים עליו בדרך-כלל כאשר מדובר בהקשר עסקי או משפטי מקצועי, ואילו הסגנון הרך נחשב כמאפיין סיטואציה משפחתית יותר. פישר ויורי מציעים לשבור את הדיכוטומיה ולשנות את המשחק:

אם אינך מרוצה מן הבררה בין מיקוח עמדתי נוקשה לבין מיקוח עמדתי רך, עדיין אתה יכול לשנות את המשחק. משחק המשא-ומתן מתחולל בשתי רמות. ברמה האחת, המשא-ומתן מטפל במהות; ברמה האחרת, המשא-ומתן מתמקד – על-פי רוב במשתמע – בנוהל הטיפול במהות. המשא-ומתן מן הסוג השני אינו זוכה על-פי רוב בתשומת-לב כלשהי; הוא מתחולל ללא החלטה מודעת כביכול. עובדה היא שבכל מהלך שאתה עושה, אתה נושא-ונותן על כללי נוהל, אפילו אם המהלכים האלה נראים כאילו הם נוגעים אך ורק בעניינים של מהות.¹⁵⁹

הגישור המודרני מתחיל לפי ציטוט זה בחשיבה מסדר שני, שהיא למעשה משא-ומתן על המשא-ומתן. הבחירה בין משא-ומתן רך או נוקשה מוצגת כחסרת טעם בהקשר זה, משום שהיא מתעלמת מן ההסתכלות הרחבה יותר על "המשחק" שבו מדובר: הנושא של המשא-ומתן השני הוא כיצד תישא-ותיתן על השאלה המהותית. המשא-ומתן מהסוג השני הוא משחק על משחק – "משחק רקע".¹⁶⁰

המשחק המתאפס, אשר לפיו משא-ומתן עוסק בעוגה קבועה, הוא זה שהגישור צריך

או "סב-טקסטואלית" של רעיונות שהיו בקדמת הבמה בשנות החמישים, ראוי: Alberstein,

supra note 11

Ibid 155

156 זו כותרת-המשנה של הספר, ובמקור: Fisher & Ury, *How to negotiate without giving in*, *supra* note 8. על-פי שיחה עם מחברי הספר, הוא נכתב ונוסח במקור כמדריך גישורי, אך בעצת המוציא-לאור נהפך בשלבים האחרונים לספר הדרכה במשא-ומתן לצורכי קידום מכירות.

Ibid, at pp. 9–10 157

Ibid, *ibid* 158

Ibid, at p. 10 159

Ibid, *ibid* 160

לשנות. לשאת-ולתת לגופו של עניין משמעו "לשנות את המשחק".¹⁶¹ השינוי מתרחש כאשר הצדדים מחליטים על פרוצדורה מוסכמת שלפיה ינהלו את המשא-ומתן. הם מנהלים "משא-ומתן מיוסד על עקרונות".¹⁶² בהקשר של הפילוסופיה הפרגמטית, שתוצג להלן, צעד זה של הליכה אל מעבר לדיכטומיות הוא מהלך מוכר: בכל דילמה ינסה/תנסה הפרגמטיסט/ית להראות כי ניתן ללכת אל מעבר לדיכטומיות באמצעות פנייה לניסיון, לרגש, לצרכים או למקורות נוספים של הכרעה הקשורים ל"כאן ועכשיו" והמלווים בהתבוננות אופטימית קדימה.¹⁶³ בהקשר של משא-ומתן, אשר במסגרתו נכתב ספרם של פישר ויורי, הרגולציה של התקשורת הבינאישית, שנחשבה עד כה לכאוטית, כזו הנתונה לחוקיות של מלחמה או שלום, היא חלק מהמהלך של פורמליזציה של הליך משא-ומתן. הליך זה נחשב בעבר לפרטי ולבלתי-נתון להסדרה, והשינוי בתפיסתו מושפע מהעניין הגובר ביישוב סכסוכים מכיוון המערכת המשפטית.¹⁶⁴ גישתם של פישר ויורי מנסה "לחוקק" מציאות ולהציע פרשנות פעילה וקונסטרוקטיבית של סיטואציה העשויה באופן עקרוני להכיל דינמיקות שונות. נטייה אקטיביסטית זו להתבוננות באופן מעריך וערכי במציאות סכסוכית הניתנת לפרשנויות נוגדות של תחרות או שיתוף מוצגת על-ידי פישר, משפטן ומורה למשפט בינלאומי בבית-הספר למשפטים של הרוורד בתקופה של כתיבת הספר, כקשורה ביכולת המשפטית לטעון לשם השגת מטרה ועמדה, ולא מתוך אובייקטיביות מנותקת.¹⁶⁵ פישר אף מציין במפורש כי הושפע מאסכולת ההליך המשפטי, ונראה כי ארבעת עקרונות הגישור שלניסוחם היה שותף מבטאים רגישויות פרגמטיות בסיסיות ואף שאילה מהפרגמטיזם של המשפט.

Ibid., at p. 13 161

Ibid., at p. 10 162 סגנון זה, המוצג אף כמועדף, מכונה בספרות המשא-ומתן "משא-ומתן משלב" (integrative bargaining). ראו: Roy J. Lewicki, Bruce Barry, David M. Saunders & John W. Minton *Negotiation: Readings, Exercises and Cases* (McGraw-Hill, 2003) 113–146.

163 ראו לעיל חלק 2.

164 לקישור בין העניין בהליכים חלופיים לבין השתכללות העניין במשא-ומתן, ראו: Ernst Sander "Dispute Resolution Within and Outside the Courts – An Overview of the US Experience" (unpublished manuscript, 1994) 2: "An important by-product of the recent interest in alternative dispute resolution has been to refocus our attention on negotiation as a vital and pervasive process that can be taught and is not, as was so often assumed until recently, a skill one is born with or not. We have found in our teaching at Harvard Law School that there are important theoretical questions that have been recently addressed by scholars"

165 ראו: Roger Fisher, Elizabeth Kopelman & Andrea K. Schneider *Beyond Machiavelli* (Cambridge, 1994) 11–12. לפיתוח טיעון זה ולבחירת ההיבט הדסקריפטיבי-פרסקריפטיבי של הגישה הפרגמטית ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק שמיני.

2. הפרד/הפרידו את האנשים מהבעיה: שיתוף-פעולה פרגמטי ותלות הדדית

עיקרון בסיסי בגישור הוא דה־פרסונליזציה: הבעיה אינה שייכת לצד כלשהו, אלא מוצבת כמחוז' לצדדים, ועל־כן יש לעסוק בפתרונה מבלי לייחס למי מהם אחריות אישית לקיומה. הציווי הוא להיות רך ביחס לאנשים ונוקשה ביחס לבעיה, ובכך להתעלות מעבר לבחירה בין האפשרויות של משא־ומתן רך או נוקשה. עקרונות־משנה אחדים נובעים מהנחיה זו.

ראשית, הצדדים יטפלו בבעיה המהותית וישמרו במקביל על מערכת יחסים מתפקדת טובה: כל נושא־ונותן רוצה להגיע להסכם שיספק את האינטרסים המהותיים שלו. לשם כך הוא נושא־ונותן. לנושא־ונותן יש מעבר לכך גם אינטרס ברור במערכת היחסים בינו לבין הצד האחר. "בעיית האנשים" במשא־ומתן גורמת בין השאר לכך שמערכת היחסים בין הצדדים נוטה להסתבך בתוך הדיונים על השאלות המהותיות. בשני הקצוות, בקצה הנותן ובקצה המקבל, אנו נוטים לטפל באנשים ובבעיה כאילו היו יחידה אחת.¹⁶⁶

ההבחנה בין האינטרסים המהותיים לבין האינטרסים במערכת היחסים קשורה אף לעיקרון הבא, שהוא מיקוד באינטרסים במקום בעמדות. הטענה הינה כי "מיקוח על עמדות מחולל סכסוך בין מערכת היחסים לבין הבעיות המהותיות".¹⁶⁷ כאשר המשא־ומתן הוא מאבק על רצונות, כל צד נפגע מעמדתו של האחר, שהרי היא מבטאת ולוול ברצונו שלו. שנית, יש לנסות להבין את תפיסתו של הצד האחר ולהעמיד עצמנו במקומו: בבסיסה של תפיסת המציאות של פישר ויורי והדורות שאחריהם קיימת סובייקטיביות של הסכסוך לכדי התפיסות הנבדלות והיחסיות של הצדדים:¹⁶⁸

"יסוד הסכסוך אינו נעוץ במציאות האובייקטיבית, אלא בראשיהם של בני־אדם. האמת היא רק עוד טיעון אחד – אולי טיעון טוב, אולי טיעון גרוע – לצורך הטיפול בחילוקי הדעות. חילוקי הדעות עצמם קיימים משום שהם קיימים בחשיבה של הצדדים. פחדים, אפילו הם נטולי יסוד, הם פחדים אמיתיים, ויש לטפל בהם. תקוות, אפילו אם אינן מציאותיות, עלולות לחולל מלחמה. עובדות, אפילו אם הן מבוססות, אולי לא יסייעו בכלל לפתור את הבעיה."

מכאן שההתמקדות במציאות הסובייקטיבית היא הפתח לפתרון במשא־ומתן.¹⁶⁹ היכולת לראות את הסיטואציה מנקודת־מבטו של הצד האחר, לחוש בעוצמה הרגשית שהוא דבק בה ולנסות להפריד בין הפחדים, הציפיות וההנחות שלנו לבין ההתבוננות הפנימית שלו היא פתח להתקדמות במשא־ומתן. בדומה לפרגמטיזם, האמת אינה טמונה במציאות הנראית

¹⁶⁶ Fisher & Ury, *supra* note 8, at p. 20

¹⁶⁷ *Ibid*, at p. 21

¹⁶⁸ *Ibid*, at p. 23

¹⁶⁹ *Ibid*, *ibid*: "ככל שמחקר המציאות האובייקטיבית יכול להביא תועלת, הבעיה של משא־ומתן נעוצה בסופו של דבר במציאות כפי שכל צד רואה אותה, והמציאות הזאת, הסובייקטיבית, היא גם הפותחת את הדרך אל הפתרון."

לעין של הוויכוח המטפזי, אלא במציאות הסובייקטיבית של הצדדים: הצרכים, הפחדים המניעים, ובאופן כללי – הניסיון שלהם שאינו ניתן לתיאור במילים. בניסוח עכשווי יותר של משא-ומתן פרגמטי מבית-היצר של הרוורד, מחברי הספר "שיחות קשות" טוענים בהקשר זה כי "שיחת העובדות" במשא-ומתן צריכה להיות מבוססת על מעבר מן ההנחות שאנו יודעים מה קרה וכל מה שצריך לדעת לשם כך; כי אנו יודעים מהי הכוונה של הצד האחר; וכי האשמה טמונה בו – אל תהליך הלמידה של הסיפור של האחר ושל הידע המצוי רק ברשותו; אל תיאור ההשפעה של מעשיו עלינו ושלנו עליו ללא ייחוס כוונה; וכן לתיאור של גרימת התוצאה הקשה במונחים של תרומה, ולא של אשמה. שלישיית, יש להכיר ולהבין את הרגשות של שני הצדדים: במשא-ומתן יש חשיבות לרגשות ולאיתורם. יש לאפשר לצד האחר "לשחרר קיטור", להתייחס לרגשותיו ולשקף אותם. מחוות סמליות, כגון התנצלות או הכרה, עשויות לעיתים לסיים את הסכסוך או להוביל אותו לתפנית בונה. בספר "שיחות קשות" המחברים דנים בהכרה ברגשות כצעד מוקדם לפתרון בעיות. "החזק ברגשותיך או שהם יחזיקו בך."¹⁷⁰ יש דרכים לנהל את בעיית הרגשות. עבודה המכוונת להכניס רגשות לשיחה מסייעת ברוב המקרים, כל עוד הדבר נעשה באופן תכליתי. אם את/ה מסוגל/ת לחלוק את רגשותיך במיומנות, את/ה יכול/ה להימנע מרבות מהעלויות המתקשרות להבעתם.

3. התמקד/י באינטרסים ולא בעמדות: אנטי-מהותנות פרגמטית

המהלך המיוחד של הגישור, המבטא את אותה "קפיצה פרגמטית" המייחדת אותו כשיח מעשי בהשראת הרעיון הפרגמטי העומד במרכזו המאמר, הוא המעבר לרובד הנסתר יותר של הסכסוך, זה המצוי מתחת למה שנראה כעמדות מתנגשות. בעיית היסוד של משא-ומתן אינה נעוצה בעמדות המנוגדות, אלא בסכסוך בין הצרכים, המשאלות, הדאגות והפחדים של כל אחד מהצדדים. משאלות ועניינים אלה הם אינטרסים. האינטרסים מפעילים בני-אדם; האינטרסים הם המניעים השקטים הניצבים מאחורי הערבוביה של העמדות. העמדה שלך היא דבר שהחלטת עליו. האינטרסים שלך הם הדבר שהניע אותך להחליט.¹⁷¹ כאשר המושגים שאולים משפת הניהול ותפיסת הבחירה הרציונלית, הרובד הנסתר הוא האינטרסים. בניסוח ביולוגי יותר מדובר בצרכים,¹⁷² אך ברור שכאשר פישר ויורי מדברים על "משאלות, דאגות ופחדים", הם מערבים את המניעים בעלי המאפיינים הרציונליים והכלכליים עם אלה הביולוגיים והרגשיים, ורואים אותם כמהויות האמיתיות של הסכסוך.

Douglas Stone, Bruce Patton, Sheila Heen & Roger Fisher *Difficult Conversations*: 170
How to Discuss What Matters Most (New York, 1999) 85–108

Fisher & Ury, *supra* note 8, at p. 41 171

172 על ההבחנה בין שתי תפישות-עולם אלה במסגרת הפרדיגמה התיאורטית המדעית של גישור ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק השביעי, העוסק בפרדיגמה המדעית-הרציונלית.

כך הם מציינים, בהתאם לפירמידת הצרכים של מסלו,¹⁷³ כי "האינטרסים החזקים ביותר הם צרכים אנושיים בסיסיים: ביטחון, רווחה כלכלית, תחושת השתייכות, הכרה, שליטה של אדם בחייו".¹⁷⁴ אנו נוטים לחשוב שהמשא-ומתן עוסק בכסף או במשאבים, אך במקרים רבים מדובר בצרכים פסיכולוגיים או התנהגותיים עמוקים יותר, שמענה להם עשוי להקל מאוד על פתרון הבעיה.

לפי עיקרון זה, ההנחה היא שהפתרון היעיל ייווצר תוך הסטת הדיון הישיר בסכסוך, כפי שהצדדים מציגים אותו, והתמקדות בשאלות כגון "מדוע?", תוך התבוננות קדימה. הדוגמה הקלסית של הגישור מתארת ריב בין אחיות על תפוז בשאלה "מדוע אתן רוצות את התפוז?", ומגלה כי האחת רוצה את קליפתו בעוד האחרת רוצה את תוכנו. כאשר נבחר לחפש את האינטרסים, נמצא שהם רבים ומגוונים, וכי היה שטחי מצידנו להניח שהם מתנגשים במסגרת הסכסוך בלבד. אומנות הגישור בהקשר זה היא אריגת אותם אינטרסים חופפים ומשלימים העשויים ליצור עסקה מוצלחת. הגישור, על-פי גישה זו, עוסק בפירוקו של שיח העמדות, תוך מעבר לשיח אינטרסים וחשיבה תכליתית.¹⁷⁵ מכאן שההנחה המיתוספת במסגרת המודל הפרגמטי להתבוננות תיאורית מרוחקת ו"אובייקטיבית", אשר פוטנציאל תחרותי נראה במסגרתה כשקול לשיתופי, היא שבאמצעות התבוננות אופטימית קדימה, תוך פתרון בעיות והכלת רגשות, יהיה ניתן להתגבר על מה שנחזה ככשל, אך מוגדר למעשה על-ידי מפגש צרכים אחר וחבוי מתחתיו, הניתן לפתרון. רעיון זה, שהוא הפרגמטיזם במיטבו, בא לידי ביטוי בהנחה שהתנגשות העמדות והכשל הנחזה של משאבים מוגבלים לסיפוק רצונות סותרים אינם אלא ביטוי לאינטרסים ולצרכים תואמים הניתנים לאיזון והמצויים ברובד העמוק יותר של הסכסוך. יהיה ניתן להבחין ברובד זה ולהגיע אליו רק לאחר כניסה לתהליך הגישור והתמקדות בניסיון. הקריאה היא להפוך את הניסיון וההתבוננות הבונה לכלי של התקדמות בעולם נטול מטפזיקה.

מהלך זה שפישר ויורי עושים בשנות השמונים בתחום המשא-ומתן ויישוב הסכסוכים, מקביל בשיח המשא-ומתן למהפך שעבר המשפט האמריקאי עם חדירת החשיבה הפרגמטית אליו בשנות החמישים. גם במשפט, כמפורט לעיל,¹⁷⁶ התקיים מעבר מ"שיח עמדות", שהוא עולם הכללים הפורמליסטי הנותן תשובות במונחים של "כן" ו"לא" (הנורמה חלה על המקרה או שאינה חלה עליו), אל "שיח האינטרסים", שהוא עולם הערכים, הצרכים והאינטרסים המצוי בבסיס הנורמה החברתית. על-פי תפיסה זו, השופט/ת המודרני/ת, צריכ/ה להיות

Gerard Nierenberg *The Complete Negotiator* (Englewood Cliffs, 1976) 1; John Burton 173 *Global Conflict* (Maryland, 1984) 1

Fisher & Ury, *supra* note 8, at p. 49 174

175 העמדה שכבר הגישור הפרגמטי של פישר ויורי מציע דה-קונסטרוקציה כדרך התמודדות עם סכסוכים, מופיעה אצל שרה קוב ונידונה בהקשר למודל הנרטיבי של גישור. ראו: אלברשטין, לעיל הערה 35, בפרק העשירי, העוסק בדגם הנרטיבי: פירוק, תוך חיפוש סיפור חלופי. ראו גם: Sara Cobb "A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the 'Storytelling' Metaphor" in *New Directions in Mediation: Communication Research and Perspectives* (New York, Joseph P. Folger & Tricia S. Jones eds., 1994) 1

176 ראו לעיל חלק 4.

פותר/ת בעיות, או בלשוננו של נשיא בית-המשפט העליון ברק, שייבא גישה זו לישראל, עליו/ה לאמץ את "הגישה התכליתית". חשיבה פרגמטית זו מאמצת תפיסה רכה יותר של המשפט, של איוון אינטרסים תוך התבוננות קדימה, וגם במסגרתה הריבוי והתהליך הם חלק מרכזי מהנחות-המוצא.¹⁷⁷ מכאן שהמשפט מיישב סכסוכים באמצעות החוק על-ידי אימוץ שיח האינטרסים כבר משנות החמישים, והגישור יכול להיתפס כהרחבת מגמה זו גם לתחום הפרטי וליחסים הבינאישיים.¹⁷⁸ אצל פישר עצמו ניתן למצוא ביטוי להקבלה זו כאשר הוא תיאר סכסוכים משפטיים, עוד בשנת 1964, במונחי הזיקה בין עמדות לאינטרסים:¹⁷⁹

"כמעט בכל סכסוך יש עקרונות מתנגשים מעורבים. בתביעה משפטית כל צד טוען שעיקרון אחר צריך להיות שליט. פתרון הסכסוך אינו מחייב נטישת עיקרון כלשהו; לרוב, פתרון מחייב שבנקודה זו צריכה להיעשות התאמה מסוימת ביניהם, תוך השארת שניהם בשלמותם."

זו תפיסה שמזכירה את תיאור השפיטה של לון פולר,¹⁸⁰ ולבטח מתיישבת עם מוטיבים מרכזיים באסכולת "ההליך המשפטי" שפישר שאב ממנה השראה. הרעיון של הרמוניה, של איוון בין אינטרסים ושל עקרונות המצויים מתחת לפני השטח מוכר בתחום המשפט, ופישר אימץ אותו לאחר שירד מגדולתו בתחום זה, ושילב אותו במודל המשא ומתן שפיתח. זו מכוונות (אוריינטציה) של עניין בדברים הקטנים ובסכסוכים (ולא בנורמות או בסדר החברתי הכללי), בניסיון לפרק את הסכסוך הגדול לחלקים הנתונים לתפעול:¹⁸¹

"מהסכנה שבסכסוכים גדולים ומהקושי ליישבם נובע כי שבמקום לבזבז את זמננו בחיפוש דרכי שלום לפתרון עניינים גדולים, טוב יותר למצות את האפשרות להפוך עניינים גדולים... אפילו כמו היטלר והקומוניזם - לקטנים... מזווית זו השפיטה נראית לא כהליך לפתרון קונפליקטים גדולים, אלא כהליך שערכו טמון בנטייתו לפרק מצבים של קונפליקט על-ידי מיקוד עניינים וניפויים החוצה וקבלת החלטות בכל עניין קטן בזמן שלו."

השפיטה היא תהליך של טיפול בסכסוך המתמקד בו ומפרק אותו לחלקים הניתנים להתמודדות. קבלת החלטות מדורגת, תוך הנחה שאין אמת שמעבר לניסיון, הופכת אף

177 לעיון נרחב בטענה זו ראו להלן פרק חמישי, הדן בגישור כתופעה רעיונית לצד תורות-משפט משתנות.

178 לביתוחה של גישת ההליך המשפטי והקשר שלה לגישור, ראו: Alberstein, *supra* note 11. Roger Fisher "Fractionating Conflict" in *International Conflict and Behavioral Science* 179 1 (New York, Roger Fisher ed., 1964).

180 ראו להלן דיון בתפיסת השפיטה של פולר בפרק שני, הדן בלון פולר ובפונקציית המשפט והגישור.

Fisher & Ury, *supra* note 179, at p. 921 181.

גורמים דמוניים כגון היטלר והקומוניזם לבעיות מעשיות מינוריות שיש להתמודד עמן בצעדים קטנים.

4. המצא/המציאי אופציות לרווח הדדי: הניסיון כקודם לכל מטפיזיקה

נהוג להתייחס להליך הגישור כאל הליך המקדם פתרונות יצירתיים ומנצחים (win-win solutions) שהיו נותרים על השולחן אלמלא תשומת-הלב המשותפת וההתכוונות המיוחדת להשיגם. פישר ויורי מציינים ארבעה מכשולים חשובים המונעים המצאת אופציות בשפע: חריצת משפט בטרם עת; חיפוש אחר פתרון אחד ויחיד; ההנחה בדבר גודל קבוע של העוגה; המחשבה ש"לפתור את הבעיה שלהם זו הבעיה שלהם".¹⁸² המצב הטבעי שלנו הוא, טענתם, הוא לא להיות יצירתיים, במיוחד לנוכח משא-ומתן מתוח. אנו חוששים מפתיחה של אפשרויות ומחשיפה של מידע שיעשה אותנו פגיעים. אנו נוטים לחפש תשובות ולסגור אפשרויות במקום להניח מגוון פתרונות רחב יותר מהנראה לעין. אנו נוטים מבחינה פסיכולוגית לדאוג לאינטרסים המידיים שלנו ולא לשאוף להכיל את אלה של הצד האחר.

על-מנת להתגבר על נטיות אלה ולהביא לידי יעילות אופטימלית, יש להפריד את המעשה של מציאת האופציות מהמעשה של חריצת משפט על האופציות האלה; להרחיב את האופציות המונחות על השולחן במקום לחפש פתרון אחד; לחפש רווחים הדדיים; להמציא דרכים להקל על אנשים בצד האחר לקבל החלטות.¹⁸³ באופן כללי יותר, יש להתייחס אל המשא-ומתן והגישור כאל עסקה משותפת שיש בה זרימה חופשית של מידע, לנסח את הבעיה כך שתוסכם על-ידי שני הצדדים ולפתח חלופות שונות למתן מענה לצורכיהם.¹⁸⁴

כדי להצליח בהמצאת אופציות באמצעות טכניקות שונות ליצירת פתרונות יצירתיים ומגדילי עוגה, יש לעסוק בסיעור-מוחין (brainstorming), תהליך שבו מעודדים את הצדדים להעלות אפשרויות באופן ספונטני, לא להעריך את הפתרונות, להתייחס אליהם מבלי לקשרם למי שהציע אותם וליצור סקרנות אינטלקטואלית ויצירתיות. יש להאריך בפעילות זו, משום שמחקרים מראים כי הרעיונות הטובים ביותר צצים ברגעים האחרונים. כמו-כן כדאי לצרף גורמים חיצוניים לסכסוך על-מנת שיוכלו להעשיר את הדיון בפרפקטיבות שלהם. קבוצות מגוונות יותר יצליחו ליצור פתרונות יצירתיים וטובים יותר.¹⁸⁵ ההנחה כאן היא, כמו ביסוד התפיסה הליברלית, אך גם בעיקר ברוח החשיבה הפרגמטית, ששוק של רעיונות ודעות שונים, אף אם אינם "נכונים" או מתאימים, יפתחו צמיחת רעיונות טובים יותר.¹⁸⁶ עיקרון זה משקף את האופטימיות והדמוקרטיה של הרעיון הפרגמטי,

¹⁸² Fisher & Ury, *supra* note 8, at p. 57.

¹⁸³ *Ibid.*, at p. 60.

¹⁸⁴ Lewicki & Barry, *supra* note 162, at pp. 114–163.

¹⁸⁵ *Ibid.*, at pp. 129–130.

¹⁸⁶ ראו: Roger Fisher *Improving Compliance with International Law* (Cambridge, 1969).

1–4: "To the extent that the ideas and hypotheses are implausible or inadequate they

התומך בשוק של רעיונות ובקדמה המתרחשת תוך עידוד של מגוון דעות, ושיתוף-פעולה והתמקדות בהליך.

5. תבע/ בתוקף אמות-מידה אובייקטיבות: החזרה לאמונה בעקרונות ניטרליים

המשא-ומתן שפישר ויורי מציעים מכונה "משא-ומתן המבוסס על עקרונות", ואלה אינם מתבטאים רק בכללים לניהול המשא-ומתן, אלא אף בהכרעה ובבחירה סופית המבוססות על "אמות-מידה אובייקטיביות". אמות-מידה אלה צריכות להימדד לפי איכותן ולפי השאלה עד כמה הן מקובלות על הצדדים.¹⁸⁷ לאחר שאופציות רבות מונחות על השולחן, יש גם להעריך אותן ולבחור ביניהן. הצדדים לגישור מבצעים בשלב זה מעין תהליך חקיקה, שבו, באמצעות פנייה לאמות-מידה אובייקטיביות, כגון חלוקה לחצי, פנייה למחיר מחירון, אימוץ כלל משפטי, מוסרי או תרבותי, הם מחוקקים את הכלל שיחול על הסכסוך ביניהם. פישר ויורי מניחים כי תהליך בחירה זה, החוזר לכאורה אל שיח העמדות ואל הצורך לבחור בין חלופות בעלות השלכות חלוקתיות מוגדרות, יתבצע באופן אובייקטיבי וניטרלי, מבלי לעורר מחדש עמדה תחרותית, תוך שמירה על רוח שיתוף-הפעולה שהתפתחה קודם-לכן. יכולתם של הצדדים "להפריד את האנשים מהבעיה", להתמקד במניעים העמוקים, שהם האינטרסים, ולא בעמדות, ולעסוק בסיעור-מוחין מנותק מעמדות אמורה להכשיר אותם למעין הכרעה אובייקטיבית מאחורי "מסך בערות" שאמות-מידה אובייקטיביות ניתנות לאיתור במסגרתו, תוך מציאת קונסנזוס. בכך, למעשה, פישר ויורי מחיים רעיון ישן שנשכח בתחום המשפט, המתבסס על הליך ואשר לפיו "עקרונות ניטרליים" הם קו-מנחה בקבלת הכרעות ערכיות השואפות לשיקוף הקונסנזוס והמחשבה הקולקטיבית.¹⁸⁸ רעיון זה, אשר הביטוי המפורסם ביותר שלו הוא במאמרו של הרברט ווכסלר (Herbert Wechsler) בתחום המשפט הקונסטיטוציוני: לקראת עקרונות ניטרליים של משפט חוקתי,¹⁸⁹ גונח בתחום המשפט, והוא עולה מחדש בתחום המשא-ומתן בדמות עצות מעשיות לניהול סכסוך באופן אופטימלי.

may stimulate the development of more accurate theories of governmental control.

"Every political theory is necessarily an approximation"

Lewicki & Barry, *supra* note 162, at p. 132: "Solutions should be judged on two major 187 criteria: how good they are, and how acceptable they will be to those who have to implement them"

188 ראו לעיל הדיון בחלק 4 באסכולת "ההליך המשפטי".

189 ראו: Wechsler, *supra* note 58. על האופן שבו ביקורתו של Wechsler נתפסת כידועה לשמחה באקדמיה המשפטית ועל דעיכת האמונה בעקרונות ניטרליים, ראו: Alberstein, *supra* note 4, at pp. 9-155.

פרק ה': גישור טרנספורמטיבי – בחזרה אל ההליך

1. סיפורי הגישור – פרשנות קונסטרוקטיבית ו"הצעד הבא"

הפרקטיקה המתפתחת של הגישור הפרגמטי תרמה לפיתוח תפיסה חדשה של משא-ומתן וביישוב סכסוכים המתמקדת באינטרסים ומנסה להגיע לפתרון בעיות באופן שיתופי ויעיל. העקרונות הפשוטים של פישור ויורי נחלו הצלחה בכך שחדרו להכשרה מעשית של מגשרים והשפיעו על פיתוח הגישה המשלבת של משא-ומתן.¹⁹⁰ נראה שניתן לייחס חלק מהצלחתם לקרבתם לרעיון הפרגמטי, המהווה רגישות מוכרת בתרבות הפופולרית האמריקאית, ולחזרתם על רעיונות המוכרים מתחום הפילוסופיה, החינוך והמחשבה הדמוקרטית. יותר מעשור לאחר שהגישור הפרגמטי נעשה מוכר ונפוץ, החלו מתעוררות ביקורות על הפרקטיקה המקובלת שלו. אחד הנסיונות המעניינים לבקרו ולהציב אותו כשלב אשר מיצה את עצמו ואשר יש לעבור ממנו לסגנון גישורי אחר עלה מכיוון הגישור הטרנספורמטיבי. מפתחי המודל – בוש ופולגר (Bush and Folger) – ראו עצמם כמוסיפים נדבך חדש במסגרת סיפורי הגישור הקיימים, ואף הציגו את עצמם כבאים להדגיש את "ההבטחה שבגישור".¹⁹¹ על-פי גישתם, השגרה הפכה את הגישור למתנהל באופן פטרנליסטי כמצוות אנשים מלומדה וחידוש העניין בו צריך להיעשות לשיטתם תוך חידוד הרעיונות העומדים ביסודו. המהלך שעשו בא להדגיש את הפן התהליכי של הגישור, ולפיהם, מטרת הגישור אינה פתרון בעיות או סיפוק צרכים, אלא מדובר בהזדמנות להעצמה ולהכרה תוך צמיחה מוסרית. מגשרים חותרים מהר מדי להגיע לתוצאה, ועדיף שישארו ממוקדים בהליך עצמו, אומרים בוש ופולגר. בכך הם מחזקים נטייה פרגמטית עמוקה לדבוק בהליך ובניסיון, וכן משתלבים עם מוטיב מרכזי של הגישור שכבר הוזכר על-ידי לון פולר (Lon Fuller) בתארו את ההליך.¹⁹² בהקשר של התפתחות הרעיון הפרגמטי, עלייתו של הגישור הטרנספורמטיבי משקפת את הנטייה האנטי-מהותנית שבבסיס הפרגמטיזם: להתמקד בניסיון מבלי להיקבע על תוצאה כלשהי כסימן להצלחה.¹⁹³ היא מחזקת את ההיבט התהליכי שבגישור, וחוזרת בכך לקביעתו של פולר עוד לפני צמיחתו המודרנית של הגישור, כי "Mediation is all process no substance".¹⁹⁴ בוש ופולגר מציעים לראות קונפליקט לא כבעיה שיש לפתור,

190 ראו: Lewicki & Barry, *supra* note 162, at pp. 113–146.

191 זה גם שם ספרם של בוש ופולגר: Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger *The Promise of Mediation* (San Francisco, 1994).

192 Lon L. Fuller "Mediation – Its Form and Functions" 44 *Cal. L. Rev.* (1971) 305, 325

193 ראו, למשל: John Dewey *Reconstruction in Philosophy* (New York, 1920) 183 "Happiness is found only in success; but success means succeeding, getting forward, moving in advance. It is an active process, not a passive outcome"

194 Fuller, *supra* note 192, at p. 305

אלא כהזדמנות לצמיחה בשני ממדים של גדילה מוסרית - העצמה והכרה. תפקיד המגשר/ת בהקשר זה הוא חיזוק מרקם היחסים בין הצדדים, תוך העצמת יכולתם לקבל החלטות וקידום אמפתיה ותקשורת.

2. אתיקה של דאגה בגישור והאשה הפרגמטית

מקור ההשראה המוצהר לתפיסת הגישור שבוש ופולג'ר מציעים הוא "אתיקה של דאגה", כפי שפותחה על-ידי הפסיכולוגית החברתית קרול גיליגאן (Carol Gilligan).¹⁹⁵ על-פי מחקריה של גיליגאן, קיים סגנון חשיבה שניתן לאתרו במיוחד אצל נשים וילדות, המאופיין בהקדמת יחסים להיפרדות, ומתמקד בהכרעה מוסרית על-ידי איזון ואמפתיה, ולא על-ידי בחירה בין כן לבין לא. דרך החשיבה המוסרית הנשית מבטאת ניסיון ללכת אל מעבר לדיכוטומיות, תוך חיפוש אחר צרכים משותפים ותוך הפעלת דאגה והרמוניה. מדובר באתיקה של דאגה, ולמעשה, גיליגאן מתארת, בערך באותה תקופה שבה יוצא לאור ספרם של פישר ויורי,¹⁹⁶ נשים שהן נושאות-ונותנות מולדות, ההולכות אל מעבר לשיח העמדות והמנהלות משא-ומתן המבוסס על אינטרסים. עם זאת, להבדיל מפישר ויורי, גיליגאן מתארת נשים שאינן מונעות על-ידי ניסיון למקסם רווחים או לקדם רציונליות תכליתית בלבד, אלא במקום זאת הן מודרכות על-ידי חוויה בסיסית של אחריות (response-ability), המתגבשת מתוך תגובה כלפי הסביבה. היבט הקשר והדאגה מוצג אצלה כמשקף תורת-הכרה (אפיסטמולוגיה) חדשה, אשר חוויית ההיקשרות הינה בסיסית ומועדפת במסגרתה על ההיפרדות ועל החישוב האינדיווידואלי. בהתאם לכך, היבט היחסים נהפך אצל בוש ופולג'ר למרכזה של פעילות הגישור, אשר תפקידה לשקם רקמת יחסים שנפגעה באמצעות העצמה והכרה של הצדדים; לעומתם, האשה של גיליגאן בהקשר זה, שהיא למעשה גם האשה הפרגמטית המוכרת, הולכת אל מעבר לדיכוטומיות, תוך איזון ודבקות בתהליך. אשה זו נהפכת לדגם האנושיות המאפיינת את הצדדים לגישור, ואלה חווים העצמה והכרה תוך דבקות בניסיון (או בהליך) כמסוגל להתמיר את הסיטואציה הנחוצת לקוטבית. הפרגמטיזם חודר בשלב זה לא רק להליך הגישורי, אלא לתפיסת-העולם המוצהרת המבססת מודל זה.¹⁹⁷

195 ראו: Bush & Folger, *supra* note 191.

196 ספרה של Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, מתפרסם בשנת 1983, בעוד ספרם של Fisher & Ury מתפרסם בשנת 1981. 197 בהתבוננות עכשווית מתוך שיח של יישוב סכסוכים, הדגם של בוש ופולג'ר מוצג כביטוי הולם לרעיון הבסיסי של הגישור, ואף מוצע בעקבותיו המושג הפרדוקסלי של "אוטונומיה קישורית" (relational autonomy) כמבטא את סוג האוטונומיה המאפיינת את הצדדים לגישור. ראו: Jackueline M. Nolan-Haley "Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking" 74 *Notre Dame L. Rev.* (1999) 775, 790.

פרק ו: הגרסה הישראלית: מפורמליזם לערכים ומאקטיביזם לגישור

1. פרגמטיזם והמשפט הישראלי

שיטת המשפט הישראלית צעירה יחסית, ועובדה זו, בצירוף התמורות המהירות המתרחשות בחברה הישראלית, אינן מאפשרות מרחק שהינו חיוני לניתוח שיטתי ממצה של התמורות המתרחשות בתוכה. אף-על-פי-כן ניתן להצביע על המקורות שמהם ינקה שיטה זו ולזהות מרכזי השפעה על התפתחותה. התפתחות הרעיון הפרגמטי במשפט הישראלי תהיה קשורה אם-כן, מחד גיסא, להבנת "הפרגמטיזם הישראלי" ולמשפט של שנות החמישים כמייצר התנגדות פורמליסטית וליברלית לתפיסה הבן-גוריונית של החוק, ומאידך גיסא, תהיה קשורה להתפתחויות פנימיות בתוך המשפט הישראלי ובתהליכי ייבוא של רעיונות מארצות-הברית לישראל.

2. "פרגמטיזם ישראלי" ונוסחת הזהות של האדם החדש הציוני

התרבות הישראלית, בדומה לזאת האמריקאית, החלה מתפתחת במסגרת הגירה מאירופה ל"ארץ המובטחת" ומתוך חיפוש אחר פתרון למצב היהודים כזרים במדינות-הלאום המתגבשות באירופה. "האדם החדש" של המהפכה הציונית¹⁹⁸ עוצב בהשראת רעיונות אירופיים של מרד בליברליזם הקלסי, והיה קשור באידיאלים רומנטיים של מרד בבורגנות וברציונליות הישנה.¹⁹⁹ בניגוד ל"אדם החדש" הפרגמטי האמריקאי, שהוגדר כאינדיווידואליסט חוקר על בסיס ניסיון ופתרון בעיות, היהודי הציוני החדש עוצב כקשור לקבוצה ולקולקטיב.²⁰⁰ השפעות סוציאליסטיות ואידיאלים רומנטיים התבטאו בשאיפה של הציונים החדשים לחיים אורגניים בקבוצה, תוך ערעור על מוסכמות קודמות.²⁰¹ עם זאת, השאיפה להתנתקות מכבלי העבר, תוך פיתוח כלים חדשים של התנסות וקרבה לניסיון ולטבע, משותפת לתרבות הציונית ולזו האמריקאית, ויש לה השפעה על התפתחות החברה והמשפט. המשפט הישראלי משקף בהקשר זה, מחד גיסא, על-פי היסטוריוגרפיה מקובלת, מעוז שמרני ואינדיווידואליסטי כנגד אידיאולוגיה סוציאליסטית קולקטיביסטית.²⁰² כך מועלית הטענה כי בתקופת קום המדינה הגן בית-המשפט העליון על זכויות ליברליות כנגד

198 ראו רינה פלד האדם החדש של המהפכה הציונית (תשס"ב) 1.

199 שם, בעמ' 19-64.

200 לתיאור ההווי הקולקטיבי בקרב חברי הקבוצה והשפעתו המכוננת על השפה והתרבות ראו גם תמר כתיאל מילות מפתח - דפוסי תרבות ותקשורת בישראל (תשנ"ט) 1.

201 פלד, לעיל הערה 198, בעמ' 80-156.

202 ראו גם מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג) פרק ראשון.

מדינה ששיקפה רעיונות של ממלכתיות וערכים קולקטיביים.²⁰³ מאידך גיסא, "המדינה שבדרך" והמדינה שנוסדה נסמכו באופן מלא על חוק,²⁰⁴ וההקפדה עליו תרמה לכינון אותה זהות מודרנית של היהודי החדש כאדם מודרני המתקיים במדינת-לאום. בהקשר זה, "הפרגמטיזם הישראלי" אינו מסמן תרבות של היעדר חוק.

3. פרגמטיזם אמריקאי במשפט הישראלי והגישה התכליתית

כפי שהראו החלקים הקודמים במאמר, הרעיון הפרגמטי מהווה מקור השראה מרכזי להתפתחויות בגישור ובמשפט האמריקאיים, ומטבע הדברים, הייבוא של דגמים אמריקאיים של שיפוט ושל גישור לתרבויות אחרות כורך עמו מפגשים בינתרבותיים ותהליכי קריאה וכתובה מחדש בארץ המייבאת. נהוג לציין כי בראשית ימיה של המדינה, היה מוקד ההשפעה האירופי חזק יותר על כתיבתו של בית-המשפט העליון, והפנייה לתורת-המשפט האמריקאית היתה מצומצמת יותר.²⁰⁵ ללא ספק, בעשורים האחרונים של המאה העשרים ניכרת השראה משמעותית של רעיונות תורת-משפטיים אמריקאיים בפסיקתו של בית-המשפט העליון. תהליך כניסתו של הרעיון של "פתרון הבעיות" למשפט הישראלי, יחד עם החדרה שיטתית של עקרונות התפיסה של "ההליך המשפטי" כפי שהיא מתוארת לעיל, החלו בשנות השמונים, ונעשו בעיקר על-ידי מי שעומד כיום בראש בית-המשפט העליון – הנשיא ברק. הטענה המקובלת בהקשר זה היא שלפני שנות השמונים, ובעיקר בעשור הראשון לקום המדינה, הושפע בית-המשפט העליון הישראלי, דווקא מהפורמליזם האירופי והתנגד בפסיקתו ל"פרגמטיזם הישראלי" תוך מילוי תפקיד של "שומר חומות".²⁰⁶ בית-המשפט היה מעוז של הגנה על זכויות ליברליות של הפרט במדינה שהוקמה על

203 להגדרת ממלכתיות ולערעור על הטענה כי היישוב נעדר תפיסה של שלטון-חוק, דרך הצבעה על האופן שבו תפיסה של שלטון-חוק מופנמת בתוך האידיאולוגיה הבן-גוריונית, ראו ניר קידר "דוד בן גוריון וחוק השיפוט הצבאי" משפט וצבא 17 (תשנ"ד) 410. להגדרת המושג, שם, בעמ' 415: "תודעה של חיים בחברה ובמדינת חוק ושל כיבוד החוק, הסדר והמרחב הציבורי בכלל". וכן: ניר קידר "בן גוריון והמאבק למינוי שופט ממוצא ספרדי לבית-המשפט העליון" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 515, 526-538. Nir Kedar "Ben-Gurion's Mamlakhtyut: Etymological and Theoretical Roots" 73 *Israel Studies* (Tel Aviv, 2002) 117.

204 ראו, לדוגמה אביטל מרגלית "היערות אשר בהם נרדה את הדבש: חוק, ארגון ומבנה חברתי בחברת העובדים" עיוני משפט כ (תשס"ג) 451.

205 ראו, למשל, דעת אגרנט בבג"ץ 73/53 חברת קול העם נ' שר הפנים, פ"ד (2) 871 וכן ראו פנינה להב שמעון אגרנט והמאה הציונית (תשנ"ט) 434.

206 מאוטנר, לעיל הערה 202, בעמ' 30-66. מאוטנר מתאר בפרק זה בהרחבה את ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי בשנות השמונים, תוך תיאור ההנמקה השיפוטית בשנים אלה, המשליכה את יהבה על שיקולים ערכיים, הדגשת המעמד של ערכי-היסוד, איוון בין ערכים, התחשבות בתכלית והדגשת פעולתם של השופט והיצירה השיפוטית. ראו גם: רון חריס, אסף לחובסקי, אלכסנדר (סנדי) קידר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351 (תשס"ג) 363-367.

יסודות סוציאליסטיים וקולקטיביסטיים. רק עם התרופפות האידיאולוגיה של כור-ההיתוך והקלת הדגש שהושם בכלל, הוכשרה הקרקע לחדירת רעיונות פרגמטיים גם אל המשפט, שכן בית-המשפט העליון נהפך למוקד הכרעה בשטחים השונים בחברה הישראלית שנחשפו לאחר התרופפות האידיאולוגיה הסוציאליסטית.²⁰⁷ הרעיונות הפרגמטיים, כפי שעובדו על-ידי אנשי ההליך המשפטי, נהפכו בהקשר זה לכלי של הפעלת שיקול-דעת ואיזון בין ערכים מתנגשים. בין אם מדובר ב"עליית ערכים", בהחלפת הערכים,²⁰⁸ בייבוא של הפרגמטיזם האמריקאי או בפורמליזם מסוג חדש,²⁰⁹ ברור שההליך המתרחש בתרבות המשפטית הישראלית מדגיש את יסוד האיזון, הפשרה וההרמוניה כחלק מקבלת ההחלטות השיפוטיות. המשפט הישראלי משנות השמונים ואילך אינו עוד "שיח של עמדות", שבו ההכרעה אם פעולה הינה חוקית אם לאו נעשית באמצעות החלה פורמלית. במקום זאת, שופטים נדרשים לפעולות מורכבות של איזון ושקלול בכל סיטואציה עובדתית חדשה ושל חשיבה פרגמטית במובן החברתי הרחב של תכלית הנורמה והאינטרסים העומדים מאחוריה. המשפט הוא אם-כן תהליכי בדומה לגישור, והכרעותיו אינן צפויות מראש באופן מלא וקשורות להפעלת שיקול-דעת.²¹⁰ תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה הישראלית השסועה נהפך למייצר סדר סימבולי באמצעות הכרעות המשקפות איזון ופיתוח מנומק. על-אף החברה הישראלית המקוטבת, המשיך ברק לדבר על "הציבור הנאור" ועל שיקוף "ערכי עומק של השיטה", ממש כפי שהנרי הארט דיבר בזמנו על שופטים כמייצגים את

207 גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד) וכן מאוטנר, לעיל הערה 202.

208 מאוטנר, שם, מתאר על כריכת הספר שינוי הקשור לחילופי אידיאולוגיות עקב המעבר מהסוציאליזם של ראשית המדינה למהפך של עליית הליכוד, חיזוק היסודות הדתיים והמשיחיים של הטענות הציוניות, חיזוק האינדיווידואליזם על-פני הקולקטיביזם של שנות החמישים והסולידריות הקשורה בו. על רקע תהפוכות אלה, בית-המשפט העליון מוצג כמגן על הליברליזם בפני הציוויליזציה של היהדות. "בשנות החמישים פעל בית-המשפט כ'כור' בתרבות הישראלית: בית-המשפט פעל בשמה של מערכת ערכים ליברלית, בחברה שנשלטה על-ידי ערכים קולקטיביסטיים. בשנות השמונים, נסגר הפער בין בית-המשפט לבין חוגים נרחבים בחברה, ובית-המשפט הבלית את מעורבותו בתהליך העיצוב מחדש של התרבות הישראלית, שהחל מתחילת שנות השבעים."

209 הפנייה של ברק לפרוצדורה משפטית קבועה שהחשיבה התכליתית מתבצעת במסגרתה ממשיכה לתת לשפה המשפטית הפורמלית עדיפות על שיקולים ערכיים ופרגמטיים. הדיון אינו בפתרון בעיות ישיר במציאות, אלא בשמירה על הליך הכפוף לשפה מובחנת ואשר מובן רק לבעלי הידע הפרופסיונלי המיוחד.

210 היבט זה קשור לסוגיה של "גישור בצל החוק" ואפשרותו. ההנחה שהמשפט מסוגל לפעול על פי "קריטריונים אובייקטיביים" מתערערת לאור תהליכי הטרנספורמציה המתוארים בפרק זה. המשפט עצמו הוא תהליך גישורי במובן העקרוני, אשר כל עוד לא בוצע ועבר את כל השלבים השונים, לא ניתן לחזותו באופן מלא, וצילו המוטל על הגישור הוא לכל היותר איזורים אפורים המתחמים גבולות ונטיות. ייתכן שמגמה זו משתלבת עם שינויים כלכליים, חברתיים ופסיכולוגיים, אשר במסגרתם צפויות, ודאות ותכנון אינם עוד מרכזיים באותו אופן שהיו בתפיסה הראשונית של המשפט המודרני.

"המחשבה הקולקטיבית הבוגרת"²¹¹. שלא כמו הארט וזאקס, הוא שילב תפיסה אחדותית זו עם תורות המשפט הערכיות של דבורקין ופיס, המייצגים את דור הפרגמטיסטים הבא. הפרגמטיזם המיוחד של ברק, המכונה הגישה התכליתית, שונה אם-כך מזה של הארט וזאקס בכמה אופנים:

פורמליזם, ולא ניסיון: ברוח הפרגמטיזם האמריקאי מבית-מדרשו של הנרי הארט,²¹² ייבא ברק למשפט הישראלי את החשיבה התכליתית,²¹³ והפך אותה לקאנון של הכתיבה המשפטית.²¹⁴ אך שלא כמו המקור בעל הרגישויות התרבותיות הפרגמטיות המיוחדות, אין הוא מייחס משנה חשיבות לניסיון ולרגע ההחלטה כמנביעים אמת חדשה כלשהי. הגישה התכליתית מציבה פרוצדורה ברורה של קבלת החלטות הכוללת מעבר דרך לשון החוק, ההיסטוריה החקיקתית ועקרונות-היסוד של השיטה.²¹⁵ ההכרעה התכליתית הישראלית מתבצעת בהתאם לכללי-משנה של הליך ההכרעה, ואינה מחויבת ל"ניסיון" באותו אופן עמוק הקשור לתרבות האמריקאית. הפורמליזם האירופי הגדיר במובן זה את תנאי הייבוא של הפרגמטיזם המשפטי האמריקאי, ויצר נוסחה ישראלית מיוחדת של הכרעה. גילויים "תכליתיים" פחות של פרגמטיזם בנוסח "אתיקה של דאגה" ותפיסה משפטית המקבילה לגישור הטרנספורמטיבי נדירים יותר במשפט הישראלי, ומטבע הדברים, עיקר ביטויים

211 "The maturing of collective thought", Hart, לעיל הערה 91, בעמ' 100.

212 ברק, לעיל הערה 97, בעמ' 402: "תפיסתם הפרשנית של הארט וזאקס קרובה לשיטה הפרשנית התכליתית בעיקרו של דבר, מקבל אני את גישתם המהותית והעקרונית להליך המשפטי בכלל ולפרשנות בפרט, וכן אני מכיר בהשפעה הרבה שהיתה לעמדתם על גיבושה של עמדותי."

213 קידר, לעיל הערה 97.

214 רועי עמית "העמדות של הקאנון - הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81.

215 ברק, לעיל הערה 97, בעמ' 373-374: "שיטת הפרשנות התכליתית גורסת כי לטקסט משפטי יש לתת אותו פירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט. תכליתה של הנורמה פירושה המטרות, השאיפות, הערכים והאינטרסים - ובהתנגשותם, הפשרה ביניהם - שהנורמה נועדה להגשים... בראשונה יפנה הפרשן לטקסט עצמו (מקורות פנימיים), וינסה לדלות מתוכו את מטרתו או מטרותיו. הפרשן לא יסתפק במקורות הפנימיים. הוא יפנה למקורות חיצוניים... אשר עשויים להשליך אור על תכליתו. הוא יפנה גם להיסטוריה של הטקסט המתפרש, תוך ניסיון לדלות מתוכה את כוונתם של יוצרי הנורמה. מכוונה זו יבקש הפרשן לעמוד על תכליתה של הנורמה. המשקל שהפרשן יתן לתכליות העולות מהמקורות השונים, מותנה במהות הטקסט, ובמידת אמינותו... במקום שקיימת סתירה פנימית, יתמקד הפרשן באותה התכלית - או באיזון תכליות - התואמים ביותר את הצרכים המודרניים. הפרשן יבחר באותה תכלית - או באותו איזון בין תכליות נוגדות - המאפשרים לנורמה לשרת את צרכי ההווה בצורה הטובה ביותר. בחירה זו תעשה תוך שימוש בשיקול דעת שיפוטי פרשני... הוא מופעל תוך התחשבות ומתוך מודעות לקיומם של שיקולים נורמטיביים, מוסדיים ובין מוסדיים. בשלב זה השופט נמצא עם עצמו ומפעיל שיקול דעת סובייקטיבי."

הוא בכתיבה אקדמית²¹⁶ ובסגנונות הכרעה מיוחדים של שופטים המהווים יוצאים מן הכלל.²¹⁷

אקטיביזם, ולא איפוק מוסדי: לצד האיזון, הפשרה וההרמוניה המאפיינים את אופן הפסיקה של בית-המשפט העליון משנות השמונים ואילך, המהלך הישראלי מתאפיין באקטיביזם שיפוטי שאינו מתיישב עם הנחת הכשירות המוסדית של הארט וזאקס. בית-המשפט העליון משתמש בכלי האיזון והפשרה על-מנת לשקף את ערכיו של "ציבור נאור" שאינו מייצג בהכרח את הקבוצות השונות בחברה הישראלית. שימוש במונחים כגון "האדם הסביר", "ערכי-היסוד של השיטה" או "תום-לב" אינו נעשה מתוך התבוננות תיאורית ושיקוף הסדר החברתי כפי שריאליסט או איש/אשת הליך היו עושים. המשפט אינו הולך אחרי החברה ואף אינו מתמודד בכלים של מדעי החברה עם רוחות משתנות ועם הצורך לתת להן ביטוי מעשי. במקום זאת, המשפט הישראלי הולך לפני המחנה ומנחיל ערכים בשם הציבור הנאור וערכי העומק של השיטה על-מנת לחנך את החברה.²¹⁸ כך נוצר שילוב מעניין בין אקטיביזם נוסח פיס ודבורקין, שמקורם בהנחת-עולם פרשנית,²¹⁹ יחד עם הגדסה חברתית תכליתית והליכית נוסח הארט וזאקס, המדברת בשם שיקוף הלך-הרוח הקיים, התודעה הקולקטיבית או ההרמוניה החברתית. המשפט הישראלי משנות השמונים בוחר אס-כך במלחמת עמדות וזכויות, במובן המהות, וברטוריקה הליכית ומפשרת, במובן הצורה, ואופן קבלת ההחלטה השיפוטית. בית-המשפט העליון אינו משקף בפסיקתו ניסיון להוביל לפשרה מוסדית ביחס לרשויות השונות, אלא מנסה לנצח עליהן ולהנהיג מלמעלה את הסדר המשפטי הרצוי.

משפט מלמעלה, ולא מלמטה: הפרשנות התכליתית מתפתחת בתקופה שבה המשפט האמריקאי כבר אינו מדגיש את העיקרון של פתרון הבעיות כמרכזי להכרעה השיפוטית. בניגוד לעניין שמצאו אנשי ההליך המשפטי במעקב אחרי סכסוך מרגע היווצרו ועד לעלייתו ולהתקדמותו דרך המערכות של פתרון הסכסוכים והערכאות השונות, אנשי המשפט הציבורי של שנות השבעים והשמונים עוסקים בהכוונה מלמעלה של החברה באמצעות הכרעות ערכיות.²²⁰ הגישה התכליתית ממשיכה בכיוון זה ומתמקדת במוסד השפיטה כבעל

216 ראו, למשל, ליאורה בילסקי "אלימות האלם ההליך המשפטי בין חלוקה לקול" עיוני משפט כג (תש"ס) 471.

217 לניתוח כתיבה משפטית המשקפת סגנון "רך" יותר של הכרעה ראו מיכל אלברשטין "מרינגר ועד ברדה והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשניים משתנים בפסיקתו של בית-המשפט העליון" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 633.

218 ראו ברק, לעיל הערה 101, בעמ' 166. ברק טוען בספר זה כי שני תפקידים מרכזיים מאפיינים שופט בחברה דמוקרטית כאשר הוא מפעיל שיקול-דעת, והם גישור על פער בין המשפט למציאות החברתית והגנה על החוקה וערכיה. הוא מוסיף וטוען כי בתקופה שאנו נמצאים בה יש חשיבות רבה יותר לתפקיד השני: "נראה לי כי עם התגברות ההכרה בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, מאז מלחמת העולם השנייה, ועם הכללתם של פרקים על זכויות האדם בחוקות החדשות, הולך וגובר בחשיבותו התפקיד השני, שעניינו הגנה על החוקה וערכיה."

219 ראו הדיון ב"דור שאחרי" לעיל פרק ג(1).

220 ראו דיון באנשי המשפט הציבורי ובדור שאחרי ההליך המשפטי לעיל בפרק ג.

מסרים ערכיים מנחים. הדגש שהיא שמה בהכרעה השיפוטית אינו מלווה בעניין מקביל במוסדות אחרים של המשפט ובאופן שבו הוא מתפתח מלמטה.

ירידת הערכים ועליית הגישור

יחד עם פרסום התזה "בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"²²¹, שהציגה לראשונה באופן מפורש את המהפך התרבותי-המשפטי המכונה כאן ייבוא הפרגמטיזם המשפטי האמריקאי, יוצא גם הכרך הראשון של ברק בדבר "פרשנות במשפט". פרסום ספר זה, יחד עם הפצת הטענה האקדמית בדבר "עליית הערכים", מסיימים תקופה של ערפול ביחס לתהליך שהתרחש למן שנות השמונים וקיבל ביטוי פורמלי בהוצאת ספר הפרשנות. בד בבד עם תהליך זה נוצרים הניצנים של תקופה משפטית חדשה בהתפתחות התרבות המשפטית הישראלית, כאשר גישתו, החשופה כעת, של ברק מתוארת בביקורות כמדחיקה קבוצות שונות של "אחרים" במשפט הישראלי.²²² "הציבור הנאור" נחשב למייצג קבוצה מסוימת בחברה הישראלית, ולא מחשבה קולקטיבית;²²³ הפנייה לאיזון ולהפעלת שיקול-דעת בנושאים פוליטיים נחשבת מסוכנת;²²⁴ וההנחה כי שסעים חברתיים ניתנים לאיחוי באמצעות הכרעה שיפוטית ערכית מועמדת בספק.²²⁵ ביקורות אלה קוראות תיגר, בהיבטים מסוימים שלהן, על יכולתו של בית-המשפט לשמש מאזן ומפשר מגבוה ואף כהולך לפני המחנה וכמורה-דרך. במקום הקריאה לבית-המשפט לקדם ערכים, להפעיל שיקול-דעת ולהגביר את מעורבותו בתחום המאבקים החברתיים והפוליטיים, הנטייה היא להעניק לו תפקיד מוגבל ומרוסן יותר במסגרת האידיאל (או האידיאולוגיה) החדש של "רב-תרבותיות". כך נמצא, כי במפנה המאה העשרים ואחת, במאמרים של מאוטנר המכונים "שנות השמונים – שנות החרדה" ו"שנות התשעים – שנות ההתקרבות"²²⁶, הוא מפסיק לתבוע מבית-המשפט

221 ראו מאוטנר, לעיל הערה 202.

222 ראו רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ב) 7.

223 ראו רונן שמיר "מושעים במרחב: בדואים והמשטר המשפטי בישראל" משפט והיסטוריה (תשנ"ט) 473, 473-496.

224 השוו דפנה ברק-ארו "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח (תש"ס) 369, 374, וכן אריאל בנדור "דינו של הסכם פוליטי" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 297, 314.

225 ראו אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תש"ס) 37.

226 מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו (תשס"ג) 645, וכן מנחם מאוטנר, "שנות התשעים – שנות ההתקרבות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 887. בפרק המבוא למאמרו השני מאלו, מאוטנר אומר את הדברים הבאים: "במאמר קודם טענתי שבסוף שנות השבעים של המאה העשרים התמוטטה ההגמוניה של תנועת העבודה ובעקבות זאת נעשתה ישראל במהלך שנות השמונים למדינה רב-תרבותית שבה התגבשו שלוש קבוצות-יסוד תרבותיות: יהודים חילוניים, יהודים דתיים וערבים... לנוכח החרדה שאליה נקלעו חברות הקבוצה הזאת [היהודית-החילונית-הליברלית] וחבריה בעקבות התמוטטות ההגמוניה, תמכו אלה בפסיקותיו של בית-המשפט העליון ונמנעו מלבקרן אף-על-פי שבית-המשפט חולל במהלך שנות השמונים שינויים רחבי היקף בפסיקתו... בשורות הבאות

העליון להילחם את מלחמת הערכים, ומציע לו במקום זאת לסגת מתפקיד מורה-הדרך, תוך הנחת היסוד לדיאלוג שיבוא מלמטה, תוך כדי פעילות פוליטית ומשא-ומתן ישיר.²²⁷ גם השופט ברק מדבר על "מהפכת הגישור", ומציין כי תפקיד מרכזי של מערכת המשפט הוא לעזור לאנשים לפתור את סכסוכיהם בעצמם.²²⁸ ניתן לומר כי עקרון הפשרה והגישור

אבקש להתחקות אחר ניצניהם של תהליכים כאלה שהתחוללו בשנות התשעים. התהליכים שאצביע עליהם מנוגדים באופיים לתהליכים של שנות השמונים. מגמתם היא ריכוך של מגמות הקיטוב, הפירוד והחרדה של שנות השמונים. התהליכים מסמנים פתח להתקרבות ואף לשינוי-פעולה... אני סבור שבשינויים האלה טמון פוטנציאל רב להמשך פיתוחם של המשטר, התרבות הפוליטית והמשפט של ישראל בשנים הבאות. מאוטנר אף מיטיב להציג את דבריו בריזור בפרק הסיכום, באמרו: "בשנות השמונים, השנים שבהן נכשלה הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית, פעם אחר פעם, במאבקה במסגרת הפוליטיקה 'הרגילה', סיגלה לעצמה קבוצה זו 'חוסר אמון בפוליטיקה', והתרגלה, תוך שינוי-פעולה הדוק מצידו של בית-המשפט העליון, להפוך את בית-המשפט לזירה חשובה של הפעילות הפוליטית. אבי שגיא מציג את שיח הזכויות כהיפוכו של הדיאלוג... שגיא רואה בהזיקקות הגוברת להכרעותיו של בית-המשפט העליון ביטוי להתפתחות זו, וקורא לחברה הישראלית לשוב למצב של דיאלוג מתנהל בין הקבוצות החברתיות המרכיבות אותה... יש מקום לכך שהקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית תעדיכן את דרכי הפעולה הפוליטית שלה: לא עוד פעולה בדרך של הגשת עתירות מתוקשרות לבג"צ (מה שקראתי במקום אחר 'פוליטיקה בפסגות מוארות הזרקורים של המשפט'), אלא פעולה בדרך של הידברות ויצירת הבנות עם הקבוצות החברתיות המרכזיות האחרות."

227 לביקורת על שינוי עמדתו של מאוטנר, כפי שהיא באה לידי ביטוי ביחסו לחינוך המשפטי ולהצגת פרדיגמה אחרת למקצוענות המשפטית, ראו רון שפירא "מנחם מאוטנר: על החינוך המשפטי" עיוני משפט כז (תשס"ד) 821, 824-825. שפירא מתאר את המעבר בין שני מאמרים שכתב מאוטנר כמיצג "מאוטנר מאוחר" ו"מאוטנר מוקדם", ומציע, כהנחת-מוצא בעיקרו של דבר, את תפיסתו של פוזנר כפרדיגמה חדשה של המקצוענות המשפטית: "דעתי היא כי לא ניתן להפריד בין מבוכתם של חוקרי המשפט, יצרני המשפט ומורי משפט. מבוכה זאת נוגעת בכך שהמשפט לא עבר ביסוס כדיסציפלינה מחקרית עד היום הזה. תהליך כזה מצריך, לדעתי, בעיקר ביסוס סברות-כרס שמשפטנים משתמשים בהן מעשה שגרה בטיעוני מדיניות משפטיים (כגון, השערות בנוגע לשאלות מהי תחושתו המוסרית של הציבור, מה יעיל מבחינה כלכלית, מה מרתיע את הרבים, מה שכיחותו של סיכון מסוים וכיוצא בהן) על חקירה אמפירית תקפה, בהשתדלות להשתית פרקים עיקריים של החשיבה המשפטית על טענות הניתנות להפרכה, ובמאמץ כן להפחית את העמימות או מידת אי-הוודאות בניסוחן וביישומן של הוראות דין... הימנעות שיטתית מחקירה עובדתית הופכת, לדאבוני, את הדיון המשפטי במדיניות רצויה למפוקפק." דברים אלה מבטאים יותר מכל את הפילוג הבסיסי המאפיין את האקדמיה המשפטית הישראלית, אשר בדומה לזו האמריקאית בשנות השבעים ועד היום, מחולקת למחנות ולבתי-ספר שהינם בעלי השקפה שונה באשר לשאלות התורת-משפטיות הבסיסיות ביותר.

228 אהרון ברק "על הגישור" שערי משפט ג (תשס"ב) 9, 11: "עד לפני מספר שנים עסקו אך מעטים בגישור. לאחרונה הפך הדבר למעין תנועה חברתית. הוקמו מרכזי גישור. במשך המשפטים הוקם המרכז הארצי לגישור. מספרם של המגשרים בעלי הכשרה ראויה הולך וגדל. לפנינו תנועה חברתית רחבה. מן הראוי הוא ששינוי חברתי זה - 'מהפיכת הגישור' - ימצה

מתחזק במסגרת חיזוק האינדיווידואליזם ועלייתו של עקרון הרב-תרבותיות בחברה הישראלית. התפוררות המרכז,²²⁹ שינוי המרקם החברתי והמהלך הפנים-משפטי של חיזוק חוקי-יסוד בדרך ליצירת חוקה יצרו אקלים מתאים לרטוריקה משפטית מאופקת יותר במישור הערכי, המסתמכת על חוקה כתובה ומניחה פחות מעורבות בתהליכים החברתיים והפוליטיים. במובן זה, קידומה של "המהפכה החוקתית", המעגנת הגנה על זכויות במקורות פורמליים ללא צורך בהדגשת שיקול-הדעת, משתלבת עם "מהפכת הגישור", המאפשרת דיאלוג בטוח בצל גבולות ברורים.²³⁰ עלייתה של תנועת ה-ADR והעדפת הגישור מסמנות את שובו של הפורמליזם בלבוש חדש.²³¹ "שיח הזהות" הדיאלוגי, אשר הגבולות נפרצים

את מלוא הפוטנציאל שלו... ימים אלו הם ימי מעבר. אם מהפיכת הגישור תצליח, תבוא פריחה חדשה. תרבות הגישור תהפך לחלק מתרבותנו הכללית, ומרכיב מרכזי בשיח הציבורי...
229 ראו ברוך קימרינג קץ שלטון האחסולים (תשס"א) 11: "נקודת המוצא של ספר זה היא סוף שלטונם של האחסולים, המדינה וכל הנובע מכך. אני מציע את האחסול"ל כראשי תיבות של אשכנזים, חילונים, ותיקים, סוציאליסטים ולאומיים (או ציונים)... האחסולים בנו את החברה ואת המדינה הזו, ניצחו במלחמת 1948, עקרו במהלכה חלק ניכר מהערבים מתוך שטחי המדינה, קלטו כמות אדירה של מהגרים וגרסו אותם במגרסה תרבותית ופוליטית כדי לעשות אותם לעם חדש באמצעות מנגנוני כור ההיתוך. האחסולים היו אדוניה הבלתי מעורערים של הארץ לפחות במשך שני העשורים הראשונים." קימרינג מציג את איבוד כוחם של האחסולים בעקבות הרב-תרבותיות באומרו, שם, בעמ' 85-86: "מתוך סקירת שלל התרבויות האלה עולה בבירור כי המדינה נמצאת על פרשת דרכים... מצד אחד החברה מתפצלת לתרבויות שונות, המנהלות ביניהן מאבקים חריפים על כללי המשחק ועל הקצאת הנכסים המשותפים. אך יחד עם זאת, נבנה רב-שיח, ככל שיהיה לעיתים בוטה מאוד, בין התרבויות השונות ושכבות האליטה שלהן, ומתגבשת סולידריות על בסיס חדש. כך עשוי להיווצר בהדרגה לנגד עינינו מרחב ציבורי חדש, שכמותו טרם הכרנו: החברה האזרחית." בפרק הסיום קימרינג מציג את הדילמה בין שימור אופיה המסורתי של המדינה לבין מתן עדיפות לחברה אזרחית חדשה. שם, בעמ' 104, הוא מציג את הגישה הדמוקרטית הליברלית: "בישראל, בדומה לעולם כולו, הולכת ונוצרת מציאות של ריבוי קבוצות תרבותיות שאינן מסתפקות בתביעה להכרה בזכותן לשוני. הן דורשות מן המדינה זכויות קיבוציות ייחודיות יחד עם זכויות פרט שוויוניות. לכאורה יש כאן סתירה פנימית בין סוגי התביעות שאינם מתיישבים זה עם זה. אך לא כך הדבר. שוויון הזכויות המלא ברמת הפרט חייב להיות מוענק בצורה אוניוורסלית על-ידי המדינה, ואילו הזכויות הפרטיקולריות והשונות הקבוצתיות יסופקו על-ידי החברה האזרחית." לדיון במשמעות החזרה לחברה האזרחית בישראל העכשווית ראו גם יואב פלד ועדי אופיר ישראל: מחברה מגויסת לחברה אזרחית? (ירושלים, תשס"א).

230 על הצורך במנגנונים חוקים של הגנה על זכויות, שלצידם הליכים של פתרון בעיות וגישור, ראו אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק ג, העוסק בתנועת ה-ADR, ופרק ד, העוסק בהתנגדות לגישור.

Sarat, *supra* note 81 at p. 705: "Dispute Resolution takes this development one step 231 further by elaborating the legal process paradigm to explain the full range of informal dispute resolution techniques and by shifting attention from a comparison to adjudication, legislation and administration, to a comparison of adjudication with negotiation and

במסגרתו והזוויות משתנות, יכול להתבצע לאחר הבשלה והתפתחות של "שיח הזכויות" שימשיך לשמור "מבחוץ" על הגינותם של ההליכים המתנהלים.²³² במובן זה ימשיך המשפט לשקף את איוון האינטרסים הרחב המשקף את הסדר הציבורי הכללי, בעוד הגישור ייצר הכרעות תכליתיות פרטיות, אך בעלות השלכות ציבוריות, אשר ריבוי שלהן, תוך שמירה על היסוד האידיאולוגי, עשוי לשנות את הסדר החברתי כולו.²³³ גישור טרנספורמטיבי יכול לשמש בהקשר זה כלי לחיזוקו של שיח הוהות בחברה הישראלית, ואכן, העניין בו בשנים האחרונות הולך וגובר.²³⁴

פרק ז: סיכום

התפתחות הרעיון הפרגמטי במשפט ובגישור, כפי שהוצגה במאמר זה, מעידה על האופן שבו נוסחה של זהות תרבותית, המתפתחת כשלעצמה כהשפעה של תרבויות שונות, מקבלת ביטויים שונים בשיח תיאורטי ופרופסיונלי משפטי וגישורי. בהקשר המשפטי, תחילת הדרך הוצגה כפיצול ראשוני כבר עם הולדת הפרגמטיזם במועדון המטפיזי. הוצג היחס בין הפרגמטיזם של המשפט לזה הפילוסופי, ונבחנו מאפייניהם השונים; לאחר-מכן הוצגה גישת הריאליזם המשפטי, הממשיכה את הפרגמטיזם המקצועני המשפטי והיוצרת מרד במסגרת תפיסת-עולם משפטית פורמליסטית; הפרגמטיזם של אמצע המאה העשרים, לאחר מלחמת-העולם השנייה, יצר לראשונה חיבור בין שני סגנונות הפרגמטיזם – הפילוסופי והמקצועני – תוך יצירה של תורת-משפט פרגמטית אמריקאית המדגישה הרמוניה ואיוון; דור המשפטנים שאחרי פרגמטיזם זה, מלומדי שנות השבעים והשמונים, שהושפעו מביקורת הליברליזם וינקו מתחומי-דעת נוספים, מלבד המשפט, יצרו תורות-משפט פרגמטיות מפוצלות הנעות בין הסגנון הפילוסופי והמקצועני ומייצגות

mediation. Here its contemporary formalism displays vestiges of nineteenth century formalism. Like nineteenth-century legal formalism and like the position of Hart and Sacks, Dispute Resolution's new formalism begins by embracing a kind of moinalism and conceptualism"

²³² על ההבחנה בין שיח זכויות לבין שיח זהות ראו שגיא, לעיל הערה 225, וכן אלברשטין, לעיל הערה 35, פרק יא, העוסק במודל הבינתרבותי ובשילוב הרגישות החוקית והאידיאולוגית עם הניסיון לטרנספורמציה. לדיאלוג מלא ראו פרק יב, העוסק בפרדיגמה הפרשנית, וכן הדיון בבניית מערכות ליישוב סכסוכים בפרק ג.

²³³ ראו, למשל, אמנת כינרת (תשס"ב), וכן חוקה בהסכמה (המכון הישראלי לדמוקרטיה) נגיש ב-<http://www.idi.org.il> (13.06.2006).

²³⁴ לסקירת המודל הטרנספורמטיבי בהיקף הישראלי ראו אלברשטין, לעיל הערה 35. כמה עבודות דוקטורט ומסטר הנכתבות כיום בישראל עוסקות במודל הטרנספורמטיבי ובהשלכות של החלתו בתחום הגישור.

ימין ושמאל של המפה האקדמית הפוליטית. קנדי ואונגר מייצגים בהקשר זה את השמאל, ומבטאים, מחד גיסא, פרגמטיזם הממוקד בדוקטרינה משפטית, ומאידך גיסא, פרגמטיזם פוליטי השואף ליצירת משטר משפטי המהווה מבנה חסר מבנה; פיס ודבורקין מייצגים מרכז המתמקד בזכויות ובפונקציה החינוכית של המשפט, ומגיבים בדרכים שונות על "פתרון הבעיות" הפרגמטי של אמצע המאה; ריצ'רד פוזנר ממשיך את רוח הפרגמטיזם הפילוסופי, ומפתח תורת-משפט של פתרון בעיות באמצעות כללים משפטיים תוך פנייה לעקרונות השוק.

נדבך שני במאמר עסק ביחס בין התפתחות הרעיון הפרגמטי והגישור. מיקום התחום של יישוב הסכסוכים כדיסציפלינה (תחום עיון) אקדמית צעירה יחסית וכפרופסיה מתהווה משליך על מידת הגיוון של סגנונות פרגמטיים שניתן למצוא בו, והמודל הבסיסי שלו, המבוסס על פתרון בעיות, תואר כמושפע בעיקר מהפרגמטיזם של אמצע המאה במשפט ומן הפרגמטיזם הפילוסופי באופן כללי. ביחסים בין משפט ובין מודל הגישור הפרגמטי ניתן למפות מתאם בין רעיונות מרכזיים, כגון "איזון אינטרסים", "פתרון בעיות", "עקרונות ניטרליים" ועוד. מעניין שבשל "פער הגילאים" בין שני התחומים והיותו של הגישור שיח חדש יחסית, רבים מהרעיונות המופיעים בגישור אינם מופיעים בו-זמנית במשפט, ולעיתים הם צצים בתחום הגישור רק לאחר שנעלמו מתחום המשפט. חוסר מתאם זה הפך בתקופות מסוימות את השיח האינטלקטואלי בין גישור ומשפט לקוטבי ומתנצח, כפי שצוין בהקשר של מרכז ושמאל במפה האקדמית הפוליטית שלאחר המלחמה. העימות מתרחש משום שעקרונות המשפט ההרמוניים הפרגמטיים של שנות החמישים, שבאו לידי ביטוי בגישור של שנות השמונים, לא תאמו את הפרגמטיזם הפרשני ואת הדגש הערכי הנורמטיבי המתפתחים במשפט באותה תקופה. הסגנון החדש יותר בגישור, זה הטרנספורמטיבי, מנסה לתת מענה להתנגשות זו באמצעות הדגשתם של ערכי הדאגה שבגישור. הוא הוצג כמחדש את ההתמקדות הפרגמטית בניסיון וכמחדש רעיונות של אתיקה של דאגה המזכירים בחלקם רגישויות פרגמטיות.

נדבך שלישי ואחרון קישר את התפתחות הרעיון הפרגמטי במשפט ובגישור האמריקאי למשפט ולגישור הישראליים. "הפרגמטיזם הישראלי" הוצג גם הוא כקשור בתפיסה של אדם חדש ושל הליכה אל מעבר להנחות קודמות בדבר הזהות היהודית. הדגשים הקולקטיביסטיים והסוציאליסטיים הוצגו כחורגים מהפרגמטיזם האינדיווידואליסטי האמריקאי, והקשר שלהם לפסיקת בית-משפט העליון בשנים הראשונות לקום המדינה נבחן בקצרה. הפרגמטיזם האמריקאי המיובא לישראל נבחן דרך כתיבתו של השופט ברק על הגישה התכליתית, והודגשו נקודות השוני הכרוכות בתקופות השונות ובתנאי המקום. לבסוף נבחן תהליך הירידה של מרכזיות ההכרעה הערכית בבית-משפט העליון, והוצג המעבר לגישור ולשיח-זהות כמאפייני התקופה הנוכחית ויחסה לפרגמטיזם-ההליך של שנות השמונים. רעיון הטרנספורמציה ושיח הזהות שיקודמו באמצעות הגישור מצביע על שינוי בתרבות המשפטית הישראלית, הנסמכת כיום יותר על חלופות לשפיטה, ובאופן כללי, המהלך כולו תורם להבנת הקשר בין פרגמטיזם, גישור ומשפט כתוצרים של זמן ומקום המושפעים מהמציאות החברתית והמכוונים אותה גם יחד.